

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LE RAPPORT PARADOXAL ENTRE LES DROITS DE LA PERSONNE ET LE
DROIT CRIMINEL : LES THÉORIES DE LA PEINE COMME OBSTACLES
COGNITIFS À L'INNOVATION

THÈSE

PRÉSENTÉE

COMME EXIGENCE PARTIELLE

DU DOCTORAT EN SOCIOLOGIE

PAR

MARGARIDA GARCIA

JANVIER 2010

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de cette thèse 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.01-2006). 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.»

Pour Richard

REMERCIEMENTS

Les bourses des organismes suivants m'ont procuré le support financier nécessaire à la réalisation de cette thèse: La Fondation Pierre Elliott Trudeau et la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale. La présente recherche s'inscrit au sein des travaux de cette Chaire. Plus qu'un support financier, ces deux organisations et surtout les personnes qui les composent, ont été pour moi deux communautés d'appartenance très importantes tout au long de cette recherche.

Je voudrais tout d'abord remercier mon directeur de thèse, le professeur Jules Duchastel (Sociologie, Université du Québec à Montréal). J'ai trouvé en lui le meilleur d'un directeur de thèse : il a toujours été disponible, stimulant, généreux et attentif à toutes mes requêtes. Je veux ensuite remercier mon co-directeur de thèse, le professeur Alvaro Pires, titulaire de la *Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale* (Criminologie, Université d'Ottawa). La dernière décennie de ma vie a été profondément marquée par sa présence. Il est un modèle pour moi sur le plan intellectuel et humain. Jamais je ne saurai remercier à sa juste mesure tout ce que j'ai reçu de lui au cours de mon parcours académique et personnel.

Cette recherche n'aurait pas été possible sans la collaboration active, généreuse et stimulante de tous les juges et procureurs de la couronne qui ont accepté de m'accorder un entretien. J'ai été accueillie de façon extraordinaire par tous et toutes et j'ai aussi été marquée par la qualité humaine de l'interaction et de la réflexion intellectuelle avec chacun d'entre eux. Étant concentrée sur un problème spécifique de recherche, ce travail ne fait pas état de toute la richesse d'idées qui m'a été communiquée et j'espère que cette limite soit comprise comme une limite qui doit être imputée à l'objet d'étude et aussi au type de questionnement qui traverse ce travail. Si le rôle des sciences sociales est celui de poser des questions et de circonscrire certains problèmes de connaissance, celui des acteurs judiciaires est de trouver des solutions normatives et des réponses concrètes à des problèmes générés dans le monde de la vie : la rencontre entre ces deux perspectives ne peut que générer la production de savoirs de type différent mais que j'espère puissent être observés comme étant complémentaires. Je

suis fort reconnaissante à tous ceux avec qui j'ai eu le plaisir d'échanger et avec qui j'ai énormément appris en cours de route.

Je veux aussi remercier la «famille» Chaire. Ce processus a été d'autant plus gai et passionnant que j'ai pu le partager avec vous. Je m'en voudrais de ne pas mentionner Mariana «Garamond» Raupp, qui a passé les derniers jours et les dernières nuits à travailler à mes côtés, pour s'assurer que j'arrive à bon port. Son aide a été précieuse et sa générosité débordante. Merci à Fernando Acosta, qui était là au début de ce projet et qui l'a été jusqu'à la fin.

Une personne centrale dans toutes mes aventures intellectuelles, linguistiques et académiques est Gérard Pelletier. Sans lui, sans sa générosité, sans sa compétence, sans son talent, sans son professionnalisme, son humour et son amitié, rien n'aurait été possible. Je me considère très privilégiée de pouvoir le côtoyer et travailler avec lui.

Emilia et Marguerite sont parties sans que je puisse partager avec elles la fin et l'aboutissement de ces années d'étude. Elles ont été et sont toujours une inspiration et une source inépuisables d'affect.

Je remercie mes parents, Alcides et Helena, deux piliers inébranlables dans ma vie. Leur amour inconditionnel a toujours été la source de tout accomplissement dans ma vie.

Finalement, Richard. Cette recherche a été la raison pour laquelle nous nous sommes rencontrés. Au début, il y avait la route Montréal-Ottawa, que nous faisons ensemble, et nos discussions interminables et passionnantes sur la théorie des systèmes et sur la vie. Cette route s'est terminée, mais nos chemins n'ont cessé de se rapprocher. Tu as tellement mis de toi dans ce projet et dans ma vie... pour paraphraser Virginia, je ne pense pas que j'aurais pu être plus heureuse au cours de ces années. Cette thèse, je te la dédie.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES FIGURES	xii
LISTE DES TABLEAUX	xiii
RÉSUMÉ	xiv
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I LA DÉCOUVERTE D'UN PROBLÈME ET L'ÉMERGENCE D'UNE QUESTION DE RECHERCHE	11
Introduction.....	11
1.1 Le problème de la réforme du droit criminel moderne : évaluation de la contribution des droits de la personne	14
1.2 Un «efficientisme pénal» renouvelé à l'époque des droits de la personne.....	22
1.2.1 Droits de la personne et peines : le cas du débat menant à l'abolition de la peine de mort au Canada.....	27
1.2.2 Éléments contribuant à l'usage problématique des droits de la personne par la justice criminelle.....	32
1.2.2.1 La redéfinition du rôle de la victime.....	33
1.2.2.2 Les mouvements sociaux «progressistes» et leurs demandes répressives.....	42
1.2.2.3 Une construction problématique du médium «opinion publique» par le système de droit criminel.....	46
1.3 Les perspectives des recherches qui observent le rapport entre le droit criminel et les droits de la personne.....	50
1.4 L'hypothèse du rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel moderne : approche adoptée	68

1.5	Question spécifique de recherche : le point de vue des acteurs judiciaires.....	75
CHAPITRE II		
	CONTEXTE THÉORIQUE	81
	Introduction	81
2.1	Le concept de «droits de la personne»	82
2.1.1	Bref historique et contexte d'émergence (et de référence).....	83
2.1.2	L'indétermination des droits de la personne	87
2.1.3	L'observation sociologique du concept de «droits de la personne».....	90
2.1.4	Les droits de la personne comme sémantique de la société : la distinction «médium/forme»	96
2.2	Le concept de «théories de la peine»	106
2.2.1	L'observation sociologique du concept de «théories de la peine»	109
2.2.2	Les différentes théories de la peine	114
2.2.2.1	La théorie de la rétribution comme vocabulaire de motifs pour punir	115
2.2.2.2	La théorie de la dissuasion comme vocabulaire de motifs pour punir	118
2.2.2.3	La théorie de la dénonciation comme vocabulaire de motifs pour punir	122
2.2.2.4	La théorie de la réhabilitation comme vocabulaire de motifs pour punir	126
2.3	La théorie de la «rationalité pénale moderne»	132
2.3.1	L'obligation de punir	139
2.3.2	La valorisation de l'affliction et/ou de l'exclusion sociale.....	141
2.3.3	La prison comme «peine de référence».....	142

2.3.4	La dévalorisation des sanctions alternatives.....	146
	Conclusion	148
CHAPITRE III		
	MÉTHODOLOGIE	151
	Introduction.....	151
3.1	Considérations méthodologiques générales	152
3.1.1	Une recherche qualitative.....	154
3.1.2	L'entretien «réflexif» comme technique de cueillette de données : des entretiens avec des systèmes de pensée?.....	155
3.1.2.1	Justification des critères de sélection.....	158
3.2	Constitution de l'assise empirique.....	159
3.2.1	L'entretien semi-directif comme méthode principale de collecte de données	162
3.2.1.1	Recrutement des participants.....	163
3.2.1.2	Déroulement des entretiens.....	164
3.3	Méthode d'analyse des données	166
3.3.1	Étape 1 : organisation du matériau et première lecture.....	167
3.3.2	Étape 2 : analyse des «extraits significatifs» et des «phrases récurrentes» ...	168
3.3.3	Étape 3 : construction et application des grilles analytiques.....	169
3.3.4	Étape 4 : «Recodage» et vérification des hypothèses.....	175
3.4	Considérations épistémologiques.....	177
3.4.1	L'observation de la «communication».....	177
3.4.2	Le décentrement du sujet.....	178

3.4.3	La détermination de la peine : «human process» et/ou «systemic process» ?	182
CHAPITRE IV		
LES AUTO-DESCRIPTIONS DES DROITS DE LA PERSONNE ET LEURS		
MISES EN FORME		
		185
	Introduction	185
4.1	La représentation du médium «droits de la personne» dans le discours judiciaire ...	186
4.2	Les formes ou matrices de sens des droits de la personne dans le système de droit criminel	191
4.2.1	Les droits de la personne comme formule de <i>protection</i>	193
4.2.1.1	Les droits de la personne comme formule de <i>protection du justiciable</i>	194
4.2.1.2	Les droits de la personne comme formule de <i>protection de la victime</i>	202
4.2.1.3	Droits de la personne comme formule de <i>protection des intérêts des mouvements sociaux</i>	212
4.2.1.4	Les droits de la personne comme formule de <i>protection des valeurs fondamentales de la société</i>	225
4.2.2	Les droits de la personne comme formule d' <i>adaptation et/ou d'évolution</i>	227
4.2.2.1	Les droits de la personne comme formule de <i>raffinement des droits de la personne</i>	229
4.2.2.2	Droits de la personne comme formule de <i>réflexivité juridico-morale</i>	234
4.3	La <i>localisation</i> différenciée des droits de la personne	239
4.3.1	L'impact «erratique» des droits de la personne sur les normes d'incrimination	241

4.3.2	La procédure : «habitat naturel» des droits de la personne dans le système de droit criminel	245
4.3.3	Droits de la personne et normes de sanction : une rencontre manquée?	249
	Conclusion	261
CHAPITRE V		
LES AUTO-DESCRIPTIONS DES THÉORIES DE LA PEINE ET L'OBSERVATION DU CARACTÈRE SYSTÉMIQUE DE CES THÉORIES : OBSERVATIONS EMPIRIQUES DE LA RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE		266
	Introduction	266
5.1	Les niveaux d'observation du système de pensée de la rationalité pénale moderne	269
5.2	Les communications sur les théories de la peine	272
5.2.1	La théorie de la rétribution	273
5.2.2	La théorie de la dissuasion	277
5.2.3	La théorie de la dénonciation	279
5.2.4	La théorie de la réhabilitation	285
5.3	Le caractère systémique de la rationalité pénale moderne et ses indicateurs	289
5.3.1	L'obligation de punir (par des peines afflictives) et la critique du pardon	292
5.3.2	Les théories de la peine face au problème de la sévérité (affliction et/ou exclusion sociale)	299
5.3.3	Les alternatives et les communications sur les sanctions alternatives.....	321
5.3.4	La prison comme «peine de référence»	337
5.4	La rationalité pénale moderne : une rationalité du système indépendante des croyances des acteurs	344
	Conclusion	348

CHAPITRE VI	
OBSTACLES À UNE MISE EN FORME INNOVATRICE DES DROITS DE LA PERSONNE DANS LES PEINES DU DROIT CRIMINEL MODERNE.....	352
Introduction	352
6.1 Obstacles reliés à la vision identitaire : le système de droit criminel comme un «système qui se pense pensé» (Gauchet)	354
6.2 Obstacles reliés à l'autolimitation cognitive et opérationnelle des acteurs face aux droits de la personne	359
6.3 Obstacles reliés à la sémantique des droits de la personne : la protection d'intérêts perçus comme «irréconciliables»	367
6.4 Droits de la personne et rationalité pénale moderne : Variables de contrainte et variables de variation	369
6.4.1 Les droits de la personne n'offrent pas un contexte cognitif autonome pour penser les peines: variables de contrainte	376
6.4.2 Les droits de la personne comme «attracteur de changement» dans le domaine des peines du droit criminel : variables de variation	380
6.4.2.1 Des communications <i>garantistes</i> dans le domaine des peines	385
6.4.2.2 Des communications identitaires libérées du connu	385
6.4.2.3 Des communications conciliatrices des intérêts de tous les bénéficiaires des droits de la personne	386
Conclusion	387
CONCLUSION GÉNÉRALE	389
ANNEXE A.....	401
ANNEXE B.....	404
ANNEXE C.....	407
ANNEXE D.....	409

ANNEXE E.....	410
BIBLIOGRAPHIE.....	412

LISTE DES FIGURES

Figures		Page
1.1	Types de relations (actuelles ou virtuelles) entre les droits de la personne et les théories de peine	78
2.1	La transversalité des droits de la personne	99
2.2	Les théories de la peine comme théories «pratiques»	134
3.1	La communication comme niveau d'observation privilégié dans la recherche.....	181
5.1	Trois niveaux d'observation de la RPM (adaptée de Pires, 2008d)	270
5.2	La RPM comme espace cognitif fermé	290
6.1	Retour sur le médium	370

LISTE DES TABLEAUX

Tableau		Page
1.1	Les scénarios générés par le croisement entre la sémantique des droits de la personne et la rationalité pénale moderne face à la distinction «gauche/droite».....	65
3.1	La grille «théories de la peine».....	171
3.2	La grille «droits de la personne»	172
3.3	La grille «détermination de la peine et choix des sanctions»	174
4.1	Les formes du médium «droits de la personne» dans le système de droit criminel	239
4.2	La distinction droits de la personne faibles/droits de la personne forts dans le système de droit criminel (adaptée de Neves, 2007 : 423)	262

RÉSUMÉ

Un certain nombre de recherches récentes indiquent une transformation des relations que les droits de la personne ont traditionnellement entretenues avec le droit criminel : jadis mobilisés pour humaniser le droit criminel, ces droits seraient récemment mobilisés pour justifier l'adoption de peines plus sévères. Ces recherches s'organisent généralement autour de deux phénomènes contemporains : le développement du «populisme punitif» et l'invention d'une «société de victimes». L'un et l'autre seraient responsables d'une mutation de la sémantique des droits de la personne qui serait passée de limite au droit de punir à nouvelle source du pouvoir de punir.

Cette recherche entend décrire le rapport paradoxal entre la sémantique des droits de la personne et le droit criminel moderne. La théorie du droit et la sociologie ont produit des travaux qui ont *indiqué* et *développé* le sens de ce paradoxe, mais elles n'ont pas encore produit une description qui puisse rendre compte des conditions qui ont favorisé et rendu possible son émergence ou qui, tout simplement, rende compte de la façon par laquelle les droits de la personne ont été reçus et continuent d'être reçus par le système de droit criminel.

Nous avons considéré que les phénomènes contemporains ci-dessus mentionnés sont certes venus donner une plus grande visibilité au paradoxe que nous voulions décrire, en exacerbant son contenu, mais ils ne l'ont pas créé pour autant. La proposition de notre étude est celle d'analyser ce paradoxe à partir du système de droit criminel, en mettant au centre de l'explication ses propres structures (cognitives) internes et, plus spécifiquement, un système d'idées que Pires nomme la «rationalité pénale moderne».

D'un point de vue empirique et méthodologique, cette recherche s'appuie sur des entretiens qualitatifs avec des acteurs judiciaires qui œuvrent au sein des organisations centrales du système juridique, les tribunaux (Luhmann), c'est-à-dire les procureurs et les juges (cours de première instance et cours d'appel, y compris la Cour suprême du Canada). Dans la réalisation de nos entretiens, nous avons en outre saisi l'occasion pour explorer une nouvelle vocation de cette technique, en nous inspirant de l'épistémologie de la théorie des systèmes, laquelle nous invite à nous décentrer du sujet pour nous recentrer sur le système et ses communications. La recherche s'est inscrite dans l'espace théorique de la théorie des systèmes : la «communication» du système a été le point d'ancrage sélectionné pour

l'observation sociologique et en même temps le socle à partir duquel le système d'idées a été saisi empiriquement.

Cette recherche s'inscrit dans un contexte de réflexion plus large, celui de la «non-inventivité» et de la difficulté de stabiliser des idées et des théories alternatives dans le système de droit criminel. Nous analyserons pourquoi la sémantique des droits de la personne n'a pas généré un renouvellement de notre façon de communiquer sur les peines et n'a pas contribué à construire un autre concept de «sanction», depuis la différenciation du droit criminel moderne. Par cette recherche, nous voulons contribuer à ce débat, celui de l'impossible ou difficile réforme du droit de punir, en développant le créneau des «obstacles épistémologiques» (Bachelard) ou cognitifs qui lui sont opposés. Dans ce contexte, nous analysons les raisons pour lesquelles les droits de la personne ne sont pas mobilisés comme ressource cognitive et normative innovatrice dans le champ des normes de sanction. Chemin faisant, nous verrons pourquoi les droits de la personne peuvent orienter le système de droit criminel dans des directions opposées, fonctionnant parfois comme «normativité critique» (Delmas-Marty) et d'autres fois comme «raison punitive».

MOTS-CLÉS : DROITS DE LA PERSONNE; DROIT CRIMINEL, RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE; SYSTÈME D'IDÉES.

INTRODUCTION

Luhmann décrit le concept de paradoxe comme voulant indiquer « un phénomène d'observation ou de description qui consiste en ce que l'acceptation d'une description entraîne l'acceptation de la description contraire » (Luhmann, 1989a : 64). Notre thèse entend *indiquer et développer le sens*¹ d'un des paradoxes les plus « intrigants » de la pénalité contemporaine : le rapport « ambigu » et « contradictoire » que la sémantique des droits de la personne entretient avec le droit criminel moderne.

Ces droits semblent pouvoir à la fois limiter le droit de punir et favoriser la modération des peines (moins de pénal pour protéger la vie et la liberté des personnes justiciables) et légitimer le droit de punir et favoriser la sévérité des peines (plus de pénal pour protéger la vie et la dignité *d'autres* personnes).

Par le passé nous avons déjà posé la question ardue de savoir si nous pouvions décrire les droits de la personne comme un « système d'idées² » du droit criminel (Pires et Garcia, 2007). Nous étions alors incapables d'arriver à une réponse satisfaisante ou finale car les fonctions et les impacts des droits de la personne semblaient effectivement nous diriger dans des directions opposées et difficiles à réconcilier. Un système d'idées est pourtant censé orienter la pensée dans une certaine forme de cohérence. Or, la pensée des droits de la personne, quant à elle, paraissait avoir dans le système de droit criminel des trajectoires erratiques et imprévisibles : ici favorisant la répression, là limitant le droit de punir. Il nous sembla alors évident que ce qui nous manquait, c'était une description adéquate (absente dans

¹ Nous faisons ici référence à Bachelard selon lequel, il y a deux façons de contribuer à l'avancement des connaissances : la première consiste à contribuer à *résoudre* un problème et la deuxième à contribuer à *indiquer* un problème et à *développer le sens du problème*. Il voyait par ailleurs le développement du « sens du problème » comme étant le « nerf du progrès » scientifique (1938 : 29).

² Dans le cadre de cette recherche, les expressions « système de pensée » et « système d'idées » auront pour nous la même signification. Nous développerons le concept de « système d'idées » dans le chapitre I.

la littérature) de la façon par laquelle les droits de la personne ont été reçus et continuent d'être reçus par le système de droit criminel.

Au préalable, cette thèse veut aborder la question suivante : comment peut-on décrire, d'un point de vue sociologique, le rapport entre les droits de la personne et le droit pénal? Plus précisément, nous voulons contribuer à l'élaboration d'une sociologie des droits de la personne *du* système de droit criminel et conceptualiser ces droits *dans* ce système, en mettant au centre de l'analyse l'interaction entre la «sémantique» des droits de la personne et les idées et théories sur les peines en droit criminel³.

Le point de départ de ce questionnement émane de l'observation des transformations opérées dans le système de droit criminel des sociétés occidentales contemporaines ; des transformations dont certaines ne s'avèrent guère rassurantes relativement à la protection des droits de la personne *garantistes* que nous ont légués les Lumières.

Certains usages contemporains des droits de la personne, souvent reliés à leur «ardeur militante», dénotent en effet une tendance «à désarticuler la vieille alliance entre justice pénale et droits de la personne, de *toutes* les personnes dès lors que la "revendication de justice" s'identifie à la "représentation des victimes"» (Salas, 2005 : 228). En dépit des initiatives législatives favorisant (du moins en apparence) des solutions de rechange en matière de pénalité, plusieurs observateurs indiquent, en parallèle, une détérioration de la *qualité* du droit pénal et un retour à la croyance en l'emprisonnement comme une solution (idyllique) au problème de la criminalité. Comme le mentionne Salas, «le droit de punir, deviendrait, en somme, le baromètre de nos valeurs dont les peines seraient le repère essentiel» (*ibid.*). Le judiciaire serait-il à l'abri des influences des politiques publiques répressives qui émanent du législateur? Est-ce que les Tribunaux se servent des droits de la

³ Cette étude s'inscrit dans un programme plus large de recherche qui vise à penser et à réfléchir aux conditions qui pourraient favoriser la réforme des idées qui ont encadré et encadrent toujours le droit pénal de la société moderne. Ce programme a été développé au sein de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale (Université d'Ottawa) et est dirigé par son titulaire, le professeur Alvaro Pires (co-directeur de la présente étude). Notre contribution spécifique à ce programme consiste dans l'élaboration d'une description théorique qui puisse rendre compte de la façon par laquelle les droits de la personne ont été reçus par le système de droit criminel.

personne pour faire barrière à ces tendances punitives, gardant ainsi leur rôle de gardiens des droits de la personne?

Le rôle des droits de la personne face à ce que certains décrivent comme une ère de «populisme pénal»⁴ ou d'«efficientisme pénal» (Baratta, 1999) n'est ni clair ni univoque. Au contraire, on attire de plus en plus l'attention sur un impact paradoxal, un déploiement contradictoire, de ces droits *dans* le système de justice criminelle : ont-ils un rôle de *contention* et de *correction* des tendances répressives contemporaines ou, à l'inverse, un rôle *d'impulsion* et de *légitimation*? (Delmas-Marty, 1992 ; 2007a ; 2007b; Pires, 1995a ; 2001 ; Ost, 2007 ; Cartuyvels, 2005, 2007 ; van de Kerchove, 2007 ; Salas, 2005 ; Schabas, 2002 ; De Gouttes, 2000 ; etc.).

Ces phénomènes contemporains (pénalisation accrue, droit pénal d'urgence, demandes répressives des victimes et des mouvements de défense de droits de la personne, etc.) ont été pour nous une occasion d'articuler la problématique au centre de cette recherche et de renouveler le questionnement sur le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel moderne. Contrairement à d'autres recherches, dans l'explication de l'émergence même de ce paradoxe, nous n'accordons pas une place de premier choix à ces événements en tant que tels. De façon complémentaire à ces recherches, nous voulons plutôt mettre au centre de l'analyse la prise en compte, dans l'enceinte des frontières communicationnelles qui définissent le système de droit criminel moderne, le système d'idées que prétend décrire la théorie de la «rationalité pénale moderne»⁵ (Pires 1998a ; 2001a ; 2004b ; 2007 ; 2008b). La prise en compte de ce système d'idées dominant pourrait hypothétiquement nous permettre de mieux comprendre ce qui rend possible l'usage paradoxal de la sémantique des droits de la personne dans le domaine de la justice criminelle. Nous considérons que les phénomènes contemporains ci-dessus mentionnés sont certes venus donner une plus grande visibilité au paradoxe qui nous préoccupe, qu'ils ont certes exacerbé

⁴ L'expression est aujourd'hui répandue dans la littérature qui traite cette question, mais aussi dans le jargon institutionnel et médiatique. Voir entre autres Salas, 2005; Lalande et Lamalice, 2006; Roberts et al., 2003; Pratt, 2006; 2008; Ryan, 2007, etc. L'expression semble avoir été utilisée pour la première fois par Bottoms, 1995 (Ryan, 2007).

⁵ Désormais aussi RPM.

son contenu, mais notre hypothèse suggère qu'ils ne l'ont pas créé pour autant.

Nous proposons donc de revenir en arrière, de retourner aux théories qui, aux XVIII^e et XIX^e siècles, ont permis au droit criminel de se différencier des autres branches du droit. Ces théories, les théories de la peine de la première modernité (rétribution, réhabilitation dans le pénitencier, dissuasion et dénonciation) et qui se logent au cœur même de la rationalité pénale moderne, pourront nous permettre de comprendre pourquoi les conditions qui ont rendu le paradoxe possible étaient déjà réunies—dans une forme peut-être latente ou moins manifeste qu'aujourd'hui—depuis la fondation du système de droit criminel moderne.

Nous voulons inscrire cette recherche dans un contexte de réflexion plus large et qui, dans le cadre d'une modernité avancée, ou réflexive, prend au sérieux l'enjeu que représentent l'évolution et la réforme du système de droit criminel de la première modernité. Nous voulons contribuer à ce débat, celui de l'impossible ou difficile réforme du droit de punir, en développant le créneau des «obstacles cognitifs»⁶ (Bachelard, 1938) qui semblent empêcher l'innovation et la créativité dans la façon de penser le droit de punir et ses modes d'intervention.

Le renouveau de la problématique des droits de la personne dans la réévaluation de ses rapports paradoxaux avec le droit criminel est susceptible de venir éclairer le sens des orientations de réforme contemporaines et de dégager les raisons pour lesquelles les droits de la personne ne semblent pas—à une époque de «crise généralisée des instances modératrices du droit de punir» (Salas, 2005 : 92)—avoir été mobilisés comme ressource de transformation cognitive des idées, concepts, théories et principes fondamentaux du droit criminel moderne.

La sociologie en général et la sociologie du droit en particulier ont produit des travaux qui ont *indiqué* et *développé* le sens de ce paradoxe, mais elles n'ont pas encore produit, à notre avis, une description satisfaisante qui puisse rendre compte des conditions qui ont favorisé et rendu possible son émergence. Si les recherches ont bien montré que les droits de

⁶ Ce concept sera investi théoriquement dans le chapitre I (section 1.4).

la personne peuvent être décrits à la fois comme «frein ou amplificateur de criminalisation» (Cartuyvels, 2005), comme «bouclier ou épée du droit pénal»⁷, elles n'ont pas encore traité de la question de savoir ce qui crée la possibilité que ces deux descriptions contradictoires sur la fonction des droits de la personne puissent coexister dans un même univers de sens, celui du droit criminel.

Nous voulons contribuer au développement du sens de ce problème en le reformulant d'une manière qui soit la plus neutre et la plus descriptive possible. Nos questions directrices seront les suivantes : Comment décrire le(s) rapport(s) entre les droits de la personne et le droit criminel moderne? Quelles formes prend la réception des droits de la personne à l'intérieur du réseau de communication du système de droit criminel moderne? Les formes qui caractérisent cette réception favorisent-elles l'augmentation de la répression ou peut-on plutôt les envisager comme des outils de réforme potentiellement innovateurs et humanistes par rapport aux sanctions? À notre connaissance, il n'existe pas de travaux qui se soient penchés de façon systématique sur ces questions qui nous paraissent pourtant fondamentales. Tout un pan de littérature semble même s'accorder pour dire que la sociologie aurait abandonné, ou du moins négligé, la «thématisation» des droits de la personne (Turner, 1993 ; 2002; Verschraegen, 2002 ; Anleu, 1999). Plus spécifiquement, on reconnaît le peu de place accordée aux tribunaux et aux acteurs judiciaires chargés d'appliquer et d'«inventer», au cas par cas et à coup de décisions, les droits de la personne (Anleu, 1999). Étant donné la difficulté et l'importance de «développer des médiations» entre la sociologie théorique et la sociologie empirique du droit (Carbonnier 1972 ; 198 ; Guibentif, 1993a), nous avons voulu nous livrer à une réflexion sur ce thème en mettant en dialogue observations théoriques et observations empiriques.

⁷ Nous faisons ici référence au titre d'un ouvrage collectif autour de cette question : *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, sous la direction de Cartuyvels, Y, Dumont, H., Ost, F., van de Kerchove, M. et Von Drooghenbroeck, S. (2007). Cet ouvrage est le produit d'un séminaire organisé autour du même thème, avec ce même titre, par Yves Cartuyvels, Michel van de Kerchove et Sébastien van Drooghenbroeck en 2005 (Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques des Facultés universitaires Saint-Louis). Ce séminaire eut pour but «une réflexion sur la question des rapports entre droits de l'homme et droit pénal et, plus particulièrement, celle, très actuelle, d'une inversion partielle des rapports qui les unissent traditionnellement» (Texte de lancement du séminaire, inédit, FUSL, 2005).

La recherche empirique s'est appuyée, comme source principale de données, sur des entretiens de recherche auprès des acteurs qui œuvrent au sein des organisations centrales du système juridique, les tribunaux (Luhmann, 1993 : 293). Nous avons donc interviewé sur les thèmes de notre recherche juges et procureurs de la Couronne.

Le recours aux points de vue des professionnels du droit comme terrain d'observation pour la constitution d'un corpus empirique nous semblait pertinent parce qu'on peut hypothétiquement penser que les juges, à l'intérieur du cadre qui définit leur pouvoir discrétionnaire, et que les procureurs, dont une des tâches est de proposer ou de recommander au juge la sanction juste et bonne, sont les acteurs qui sont les mieux placés pour reconnaître et faire intervenir (ou non) les droits de la personne comme un critère décisionnel valable dans le processus de la détermination de la peine. Ceci est d'autant plus pertinent que le pouvoir des acteurs judiciaires dans la détermination du droit s'est considérablement accru depuis la constitutionnalisation et la judiciarisation des droits de la personne (Luhmann, 1993: 279). Au Canada, et après l'adoption de la Charte des droits et libertés⁸ en 1982, les juges ont été investis du pouvoir d'évaluer de façon directe la conformité des lois édictées par le législateur : les droits de la personne sont depuis lors un outil mis à la disposition des acteurs judiciaires et leur permettant d'invalider une loi considérée incompatible avec les valeurs fondamentales protégées par ces droits constitutionnalisés.

Dans la réalisation de nos entretiens qualitatifs (semi-directifs), nous avons voulu explorer une nouvelle vocation de cette technique (Pires, 2004a), inspirée de l'épistémologie de la théorie des systèmes et qui nous invite à nous décentrer du sujet pour nous recentrer sur le système et ses communications. En d'autres mots, le discours produit par les acteurs est traité comme «communication» du système social : les acteurs ne seraient alors que les supports nécessaires à la production et à la reproduction de ces communications systémiques. Nous avons ainsi voulu considérer l'hypothèse que nous pouvions avoir accès au système cognitif du système de droit criminel, par l'entremise d'entretiens de recherche, sans un rapport «direct et soutenu» avec les acteurs (*ibid.*: 175). Nous avons dès lors considéré qu'à travers le discours des acteurs, un système social s'auto-observe, se pense et se reproduit.

⁸ Dorénavant aussi Charte.

Dans cette vision des choses, c'est la communication (du système) qui produit le discours (de l'acteur) plus que l'acteur qui produit la communication (Foucault, 1969; Teubner, 1989a; Pires, 2004a; Luhmann, 1984). La communication du système est ainsi le socle à partir duquel le système de pensée peut être saisi empiriquement.

Les objectifs théoriques et méthodologiques que nous poursuivons dans cette recherche sont les suivants : (i) contribuer à l'élaboration d'une théorie descriptive des rapports entre les droits de la personne et les théories de la peine ; (ii) tester l'hypothèse du rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel et contribuer à la description de ce paradoxe ; (iii) répondre à la question de savoir si nous pouvons décrire les droits de la personne comme un système d'idées du système de droit criminel moderne; (iv) tester empiriquement la théorie de la «rationalité pénale moderne» comme système d'idées dominant du système de droit criminel; (v) montrer comment le système de pensée du système de droit criminel est un obstacle cognitif à une évolution de la pensée sur les peines vers une forme innovatrice qui prenne au sérieux les droits de la personne *garantistes*; (vi) indiquer les contextes et les idées qui favorisent une utilisation des droits de la personne comme *raison punitive* et décrire les conditions qui favorisent la «re-création» de la vocation critique, subversive et garantiste dans le domaine des peines (apport cognitif innovateur des droits de la personne); et finalement (vii) tester méthodologiquement de nouveaux horizons de conception des entretiens de recherche qualitatifs en les conceptualisant comme des «entretiens réflexifs» dirigés davantage vers les systèmes (d'idées) que vers les (motifs des) acteurs.

La thèse comprend six chapitres qui seront suivis d'une conclusion.

Le premier chapitre (*La découverte d'un problème et l'émergence d'une question de recherche*) est consacré entièrement au développement de la problématique de recherche, à la circonscription de l'objet d'étude et à la présentation des objectifs de la recherche. Puisque nous sommes partie de la prémisse du rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel moderne, nous devons établir l'existence de ce paradoxe et décrire quelques-unes de ses manifestations, que nous aurons choisies en fonction de leur pertinence pour notre objet d'étude. Nous expliciterons comment la question de départ, la question spécifique de recherche et les hypothèses ont été progressivement développées.

Dans le chapitre II (*Contexte théorique*), nous allons présenter la boîte à outils conceptuels que nous avons mobilisée pour aborder notre objet. Le travail accompli ici sera entièrement réalisé autour des deux sémantiques dont nous voulons saisir les rapports : les «droits de la personne» et les «théories modernes de la peine», en prenant comme lieu de rencontre le contexte de la «rationalité pénale moderne». Nous aborderons le contexte d'émergence de chacun de ces «concepts» («droits de la personne» et «théories de la peine») ainsi que de la théorie de la «rationalité pénale moderne» et nous prendrons position par rapport à la façon dont ces concepts et cette théorie ont été utilisés dans cette recherche.

Dans le troisième chapitre (*Méthodologie*) nous nous attarderons aux considérations méthodologiques et épistémologiques ainsi qu'à la présentation des méthodes de cueillette de données que nous avons utilisées. Nous développerons davantage l'objectif vii qui concerne les nouveaux horizons épistémologiques par la réalisation d'«entretiens cognitifs avec les systèmes», lesquels nous permettent d'interroger des systèmes de pensée. Nous exposerons les stratégies que nous avons adoptées pour ancrer empiriquement notre recherche et valider nos hypothèses de travail. Nous verrons alors comment nous avons constitué notre corpus empirique, comment nous avons sélectionné nos interlocuteurs et comment nous avons formalisé les catégories d'analyse. Nous terminerons en exposant certaines considérations épistémologiques que nous jugeons utiles à la compréhension de notre recherche.

Le quatrième chapitre est entièrement consacré aux droits de la personne. Nous y traiterons des questions suivantes : Quels sont les sens qu'attachent les juges et les procureurs au monde conceptuel des droits de la personne? Quelles sont les catégories significatives du patrimoine d'idées et de concepts au moyen desquelles la reproduction de la communication des droits de la personne se réalise? Le travail analytique présenté dans ce quatrième chapitre est centré sur l'analyse des communications sur les droits de la personne, communications actualisées par les descriptions que nous ont fournies les acteurs judiciaires et qui ont pour

nous la valeur d'«auto-descriptions»⁹ du système de droit criminel. Ce chapitre prétend répondre à un des objectifs de cette recherche, celui de contribuer à l'élaboration d'une description sociologique de la façon par laquelle la sémantique des droits de la personne a été reçue par le système de droit criminel. Nous voulons *indiquer* les espaces de variation de la sémantique des droits de la personne dans le droit criminel et faire une cartographie du thème à l'intérieur de ce système, un repérage de toutes les formes par lesquelles les acteurs ont mobilisé le thème «droits de la personne».

Le cinquième chapitre porte, lui, sur le thème des théories de la peine. L'objectif de ce chapitre est de montrer que les théories de la peine forment en effet un système de pensée, que la rationalité pénale moderne « existe » en ce qu'elle produit des effets observables sur le plan empirique. Nous voulons montrer que l'univers des idées en ce qui concerne les peines est largement occupé par ce système d'idées spécifique, et que ce système a un impact important (même si non déterministe) sur les communications concernant les peines et les décisions des acteurs relatives au choix des sanctions. Nous voulons montrer aux lecteurs que, malgré leurs différences internes, les théories de la peine ne constituent pas des alternatives les unes par rapport aux autres quand il s'agit de déterminer les peines en droit criminel. Nous exposerons les indicateurs empiriques et analytiques qui pointent vers l'extrême rigidité et fermeture de ce système de pensée et qui semblent bloquer une percée garantiste et innovatrice des droits de la personne au niveau des peines du droit criminel, et par là, l'émergence d'idées alternatives ou la possibilité de former un système de pensée pouvant faire compétition à la rationalité pénale moderne.

Le dernier chapitre est divisé en quatre sections. Les trois premières font une synthèse des principales «variables de contrainte»¹⁰ ou des obstacles les plus importants à une percée garantiste des droits de la personne sur le plan des normes de sanction. En tirant profit des deux chapitres précédents, nous soulignerons les obstacles reliés à la «rationalité pénale

⁹ Le concept d'«auto-description» vise à décrire les opérations réflexives du système dans lesquelles il se prend lui-même comme objet de la réflexion et développe une représentation de lui-même (Luhmann, 1984).

¹⁰ Nous empruntons librement cette expression à Diebolt (2000 : 501).

moderne», les obstacles reliés à la façon dont les acteurs judiciaires conçoivent leur rôle de «gardiens des droits» et, finalement, les obstacles reliés à la sémantique même des droits de la personne. Nous terminerons ce texte en indiquant, dans une dernière section, ce que nous avons perçu, à partir de la recherche empirique, comme étant des «variables de variation», soit des éléments surprenants et innovateurs qui, en fonction d'une «reformulation» des rapports entretenus avec la sémantique des droits de la personne, permettent d'envisager une autre manière de faire et de penser en droit criminel. Sans aucune prétention d'exhaustivité théorique ou empirique, notre but sera tout simplement d'indiquer les idées qui permettraient d'entrevoir les conditions favorisant un déploiement des droits de la personne comme «attracteurs de changement»¹¹.

Nous allons conclure en revenant à la question difficile à l'origine de notre démarche : les droits de la personne sont-ils un système de pensée du système de droit criminel? Nous reprendrons les principaux résultats de cette recherche et les situerons par rapport au problème de fond que constitue la compréhension des obstacles à l'innovation et au renouvellement des idées «sanctionnatrices» du droit criminel moderne.

¹¹ Le concept est de Morgan (1999) et il sera développé dans le cadre de notre objet de recherche dans le chapitre VI.

CHAPITRE I

LA DÉCOUVERTE D'UN PROBLÈME ET L'ÉMERGENCE D'UNE QUESTION DE RECHERCHE

Introduction

Tulkens affirme qu'au XX^e siècle, la réforme du droit et du code criminel «est une caractéristique du système pénal» (Tulkens, 1992 : 33). Mais, selon elle, «nous assistons, un peu impuissants, à une sorte d'échec récurrent» de la réforme (*ibid.*: 34). Plusieurs observateurs relèvent dans le droit criminel moderne un problème de «non-inventivité» (Pires, 2001a; Rothman, 1981), un problème particulièrement frappant dès lors qu'il s'agit de remettre en question les fondements du droit de punir.

On aurait cependant tort de penser qu'il s'agit là d'un problème strictement contemporain. Dans son histoire de la justice criminelle au XVI^e siècle, publiée en 1868, Allard déplore déjà le manque d'inventivité et remarque les formes de résistance qui s'exercent contre l'innovation cognitive en droit criminel. L'auteur signale le contraste entre la situation du droit criminel et celle du droit civil et du droit coutumier qui «voyaient s'ouvrir devant eux de nouveaux horizons éclairés». Pour sa part, déjà au XVI^e siècle, «le droit criminel suivait péniblement la vieille ornière, et ne parvenait pas, malgré les efforts législatifs, à s'affranchir de la barbarie des siècles précédents» (Allard, 1868 : 504). L'auteur identifie à cette époque un problème d'ordre cognitif, même s'il le décrit par une sorte de raisonnement tautologique où l'absence d'idées nouvelles s'expliquerait par l'«horreur des idées nouvelles». Bref, nous serions en face d'un problème d'apprentissage : «la pierre de touche, à laquelle on reconnaît le parti pris des anciens jurisconsultes, se trouve précisément dans cette horreur des idées nouvelles». Il conclut son analyse avec la constatation que dans

la pensée criminelle, l'ordre cognitif dominant ne laissait « point de place aux idées larges et fécondes, généreuses et progressives» (*ibid.*: 506-507).

Le sens de cette «impossible réforme» du droit criminel se présente donc comme une énigme sociologique pour l'observateur. La résistance particulière que suscite la possibilité d'une réforme plus « humaniste » témoigne à l'époque et encore aujourd'hui de cette «longevity of our tradition of reform without change» (Rothman, 1981 : 382). En adaptant les formulations de Teubner à notre propos, la question devient alors celle d'expliquer ou de comprendre la «*stasis*» du système de droit criminel, c'est-à-dire la «remarquable stabilité de certaines structures juridiques, durant des périodes parfois très longues, en dépit d'une multitude de stimulations favorisant la variation» (Teubner, 1989b : 84).

Cette question nous servira d'arrière-plan tout au long de cette réflexion doctorale sur les obstacles cognitifs à l'innovation¹² en matière de droit criminel. Dans cette recherche, nous nous concentrerons plus spécifiquement sur la question des rapports paradoxaux entre les droits de la personne et certaines structures cognitives du droit criminel moderne. Dans ce rapport paradoxal qui permet autant l'innovation que la redondance, c'est toute la question de l'évolution du système de droit criminel moderne qui émerge. Le problème central que nous voulons approfondir dans ce travail nous paraît relié au fait que les droits de la personne peuvent «orienter le futur du droit pénal dans des directions différentes» (Palazzo, 2003 : 716). Dit autrement, et nous l'expliciterons plus loin, il semble en effet qu'à l'heure actuelle, les droits de la personne orientent le système de droit criminel dans des *présents* très différents. Décrire ces présents et les paradoxes qui s'y rattachent nous permettra de mieux comprendre les origines de cette «schizophrénie» en matière de réforme.

Dans cette démarche qui vise à mieux comprendre la *stasis* en matière de droit criminel, nous allons accorder une place centrale aux effets créés par certaines théories de la peine

¹² Brodeur insiste sur l'importance d'étudier et de comprendre les obstacles à l'innovation pour comprendre les impasses et les blocages de la réforme pénale: «Hence, the failure to undertake penal reforms when the need for them is obvious and has been repeatedly publicized is also an important topic of inquiry. It is as important to elucidate what are the social and political conditions that impede change than it is to find what are the factors triggering it » (Brodeur, 1991a: 91).

propres au système de droit criminel *moderne*. Ces théories (dissuasion, rétribution, réhabilitation dans le pénitencier et dénonciation) sont plus particulièrement visées en ce qu'elles sont théoriquement conçues comme de véritables «obstacles épistémologiques» (Bachelard, 1938 : 13; Luhmann¹³; Pires, 1991a : 73) ou cognitifs au renouvellement des idées reliées à la punition et au choix des peines : en droit criminel, le fait de penser les droits de la personne et leurs contributions potentielles à travers les lunettes punitives de ces théories est un des éléments que nous nous devons de prendre au sérieux si nous voulons mieux comprendre ce que représente concrètement, d'une part, la difficulté de penser autrement les sanctions du droit criminel, et d'autre part, les défis de stabilisation des idées innovatrices et des théories alternatives en ladite matière¹⁴.

Nous allons entamer notre réflexion à partir d'une analyse plus approfondie des contributions apportées par Allard à partir de ses propres recherches (section 1.1). Nous traiterons plus spécifiquement ensuite (section 1.2) de certaines tendances reliées à la pénalité contemporaine, tendances qui ne sont pas sans susciter l'inquiétude de certains observateurs du droit criminel. Nous nous intéresserons par ailleurs (section 1.3) à l'impulsion que les droits de la personne semblent pouvoir donner à un phénomène récent que Barrata décrit dans les termes de l'« efficientisme pénal » (Baratta, 1999). Le phénomène en question a été peu analysé dans la littérature—bien qu'on puisse néanmoins reconnaître aujourd'hui une recrudescence dans l'intérêt qu'il suscite. Ce phénomène, présentement en pleine évolution, impliquerait notamment une transformation du rapport traditionnel que les droits de la personne ont entretenu avec le droit criminel moderne. C'est finalement à ce débat (explicité dans la section 1.4) que notre thèse entend contribuer : nous anticipons une contribution tant sur le plan de la description du phénomène que sur le plan de la complexification de son sens.

¹³ Selon Rabault, Luhmann, en s'appuyant sur Bachelard, utilise ce concept dans *Die Gesellschaft der Gesellschaft* [La société de la société] (Rabault, 1999 : 453).

¹⁴ Les développements théoriques sur le concept de «théorie de la peine» et sur la place qu'il occupe dans notre cadre d'analyse seront explicités plus loin dans ce même chapitre (1.4) ainsi que dans le chapitre suivant où nous développerons les outils théoriques centraux de notre recherche (section 2.2).

1.1 Le problème de la réforme du droit criminel moderne : évaluation de la contribution des droits de la personne

Nous avons jusqu'ici fait l'hypothèse que la difficulté de renouveler les fondements du droit de punir est un problème non seulement persistant, mais ancien. En ce qui a trait à la persistance du problème, Pires observe la «carence d'une pensée critique efficace en droit pénal» et, par conséquent, une «perte de qualité juridique » dans l'enceinte du droit criminel lui-même (2001a : 180). On avait pourtant cru et même espéré, à différents moments et plus particulièrement dans la deuxième moitié du XX^e siècle, qu'une reviviscence des droits de la personne pourrait pallier le problème. Ceux-ci avaient en effet été envisagés comme «un idéal pour transformer le droit pénal» (*ibid.* :181). On avait à travers leur sémantique essayé de construire une nouvelle image du droit pénal et de modifier l'orientation de ses rapports avec les droits de la personne (*ibid.*: 186-187).

Dans les années 1960 et 1970, à l'aube d'une seconde modernité dite avancée ou réflexive, le mouvement d'auto-réflexion en matière de justice pénale remet en cause nos façons de concevoir l'intervention pénale et le droit de punir¹⁵. Aux États-Unis et en Grande-Bretagne, Garland y voit naître un «mouvement moderniste»—initié sous le règne de l'État providence—qu'il décrit dans les termes d'une «'penal-welfare structure», combining the liberal legalism of due process and proportionate punishment with a correctionalist commitment to rehabilitation, welfare and criminological expertise» (Garland, 2001 : 27). Ces observations de Garland laissent bien voir, si l'on y porte attention, que les possibilités de transformation vont de pair avec les possibilités de reprise des anciennes façons de faire et

¹⁵ Il convient néanmoins aujourd'hui d'observer cette période comme une période de « bifurcation » possible, comme une période où les idées susceptibles de produire une innovation côtoient l'émergence de nouveaux arguments appuyant les idées classiques, qui «renaissent » alors sous d'autres formes. Cette période de bifurcation est marquée aussi par l'émergence de nouveaux problèmes dans l'environnement communicationnel du système de droit criminel. Parmi ces problèmes, nous avons le thème du public et de l'opinion publique qui gagne chaque fois plus d'importance à l'extérieur et à l'intérieur des communications du système de droit criminel (Pires, 2004b : 47-48; 53-54). Par exemple, « vers la fin des années 1970, la finalité de *dénonciation* [attribuée à la peine criminelle] est déjà stabilisée en plusieurs pays et s'entremêle de façon confuse avec les autres théories afflictives de la peine, tout particulièrement pour justifier les peines d'incarcération ou de « quotas » minimaux d'incarcération. Ces quotas sont préétablis par la pratique juridique à titre de « prix » ou de « tarif » pour certains types de crimes » (Pires, 2004b : 53-54).

de penser: le sens de ce qu'est une « peine proportionnelle » risque fort d'être donné par les théories de la rétribution et de la dissuasion et de limiter les possibilités de réception des sanctions non intentionnellement afflictives.

Au Canada, où les idées d'innovation ont reçu un accueil très favorable dans les deux commissions de réforme du droit de cette période¹⁶, on se promet alors d'inventer un autre droit pénal, un droit plus humain, plus compatissant et plus respectueux de la dignité humaine (Turner, 1971). Il était alors question de diversifier les procédures pénales et de permettre ainsi l'intégration de modèles de justice alternatifs¹⁷ qui favoriseraient la déjudiciarisation des conflits et l'entente entre les parties. D'une part, la théorie de la dissuasion a été largement discréditée et dévalorisée comme motif pour incarcérer ou pour alourdir la sentence. D'autre part, on se rend compte rétroactivement des signes et des traces de l'émergence d'une *autre* théorie de la réhabilitation, mettant cette fois l'accent sur les sanctions non carcérales et s'opposant aux autres théories de la peine (rétribution, dissuasion, dénonciation et réhabilitation en prison). Les propositions de réforme veulent alors réduire la durée légale effective des peines d'incarcération, faire de l'emprisonnement une peine réellement exceptionnelle, intégrer des sanctions non carcérales et autres mesures de rechange (comme la médiation, par exemple), abolir les peines à perpétuité ainsi que toutes les peines minimales, etc. On voulait aussi clarifier les principes de la détermination de la peine, revoir les notions de responsabilité et de gravité. On voulait par ailleurs réduire la liste des crimes en décriminalisant tout une série de comportements (homosexualité, vagabondage, etc.). Du point de vue de l'innovation, on voulait aussi réorienter les principes de détermination de la peine pour favoriser une perspective d'inclusion sociale, ainsi que revoir de façon critique les notions de responsabilité criminelle et de gravité du crime. Bref, on a insisté sur la nécessité de repenser les idées et les structures du système, ses théories comme ses pratiques, sa vision identitaire et son rapport avec d'autres systèmes de résolution de conflits.

¹⁶ Nous nous référons à la Commission présidée par le juge Ouimet (1969) et la Commission de réforme du droit du Canada. Sur la première commission, voir tout particulièrement la recherche récente de Dubé (2008) portant sur les conditions d'émergence des idées innovatrices en droit criminel.

¹⁷ La justice dite « réparatrice », les mouvements « au-delà du droit » (*beyond law*) ainsi que le mouvement abolitionniste plongent leurs racines dans cette période de réflexion et d'auto-réflexion critique en matière pénale. Voir à ce sujet Pires (2007).

En 1974, la Commission de réforme du droit du Canada (CRDC) a publié un important document de travail portant sur *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence*. La Commission se proposait alors de réfléchir sur «cette ‘‘chose’’ embarrassante qu’est la peine» (CRDC, 1974 : x). Déjà à ce moment, on formulait la recommandation à l’effet que des critères plus précis et des principes plus établis régissant la détermination de la peine soient explicitement libellés dans la loi criminelle afin de conférer à la détermination de la peine «un caractère plus juste et plus rationnel» (*ibid.*: 3).

Dans ce document de travail, bien qu’elle n’ait pas explicitement perçu l’aspect cognitif du problème—lequel renvoie aux théories modernes de la peine—la Commission a tout de même insisté sur la nécessité de promouvoir l’inclusion sociale du délinquant, d’en faire un objectif de premier plan dans les considérations relatives à la détermination de la peine, de favoriser par ailleurs, dans la mesure du possible, la restitution et la conciliation entre les accusés et les victimes. La conciliation devait faire contraste avec la mise en scène de l’hostilité qui caractérise si bien les modes de résolution de conflits privilégiés par les tribunaux criminels. La conciliation était conçue comme pouvant servir à la fois les intérêts de la victime (concrète) de même que ceux de la personne qui est l’auteur de l’acte reproché. Par la conciliation, la restitution devenait possible et la victime pouvait être indemnisée; par la conciliation, l’auteur du crime était reconnu responsable de ses actes, mais dans une forme de justice non seulement plus économique, mais plus humaine. Dans les termes de la Commission elle-même : «la conciliation favorise la pleine considération des intérêts de la victime et les exigences de la restitution et de l’indemnisation, sans oublier toutefois la question de la responsabilité qui peut être réglée d’une façon juste, humaine et économique» (*ibid.*: 13). Pour mieux encadrer cette dernière recommandation, la Commission proposait d’adopter le mot «sanction» et de le préférer au mot « peine ». De l’avis de la Commission, le changement terminologique allait permettre d’élargir les buts du droit criminel puisque «le mot *sanction* », explique la commission, « désigne une mesure pénale qui peut être imposée dans une optique de punition, de protection, de restitution ou de traitement. La notion de sanction est suffisamment large pour qu’on puisse y inclure la libération conditionnelle ou la libération sous condition» (*ibid.*: 4).

Qui plus est, la Commission a aussi mis l'accent sur la *dignité* et le *bien-être* des individus comme objectifs principaux de la détermination de la peine, et ce, sans y exclure le contrevenant :

La dignité et le bien-être de l'individu devraient être des valeurs primordiales dans la détermination de la peine et le prononcé de la sentence. (...) Par conséquent, il faut tenir compte non seulement des intérêts et des besoins de la collectivité, mais également de ceux du délinquant et de la victime (CRDC, 1974 : 9).

Dans un texte sur l'impact des travaux de la Commission de réforme du droit dans l'univers juridique canadien, Fortin reprend les grandes lignes de ses recommandations en matière de châtement. Ce résumé nous donne en quelque sorte le ton du discours, mais aussi le principe directeur qui oriente la réforme souhaitée :

Sur le plan de la philosophie pénale, la Commission a recommandé au Parlement, entre autres mesures : 1. d'user de modération dans la définition des crimes, et de réserver pour le Code criminel la définition des crimes véritables (...); 2. de repenser l'arsenal des peines de manière à appliquer l'emprisonnement uniquement aux crimes véritables; 3. de réduire la durée des peines (...). (Fortin, 1982 : 108)¹⁸.

Pour Fortin, l'impact concret des travaux de réflexion de la Commission de réforme du droit du Canada serait faible, voire à peine perceptible. Au début des années 1980, il paraît évident que les recommandations proposées n'allaient pas catalyser le changement fondamental qu'on avait voulu générer.

Mais il est bientôt devenu évident que la Commission aurait beau publier rapports sur rapports, recommandations sur recommandations, la réforme du droit pénal risquait de rester dans les tiroirs. La rareté des modifications législatives auxquelles avaient donné lieu ses propositions permettait de le penser (Fortin, 1982 : 109).

Dans les années 1970, les élans de réforme n'ont donc pas produit les résultats escomptés, nous ne sommes pas passés de la formulation du projet à sa mise en œuvre.

¹⁸ Nous pouvons bien sûr questionner la terminologie du propos, en ce qui concerne les «crimes véritables».

Plus tard, en 1987, une autre commission, la Commission canadienne sur la détermination de la peine (CCDP), nous dévoile son projet de réforme. Selon Pires, et dans une analyse encore bien collée aux événements, le projet de réforme de la CCDP devait marquer «une étape dans le processus de réforme pénale canadien et dans l'évolution de notre pensée à cet égard» (Pires, 1987a : 11; Brodeur, 1991b). Le rapport qui a été déposé par la CCDP établissait lui aussi—comme l'avait fait celui de la CRDC pratiquement 15 ans auparavant—des lignes directrices pour la réforme de la détermination de la peine au Canada. Il s'attaquait à des «problèmes à résoudre» et fixait du même coup des «buts à atteindre» en matière de détermination de la peine (Pires, 1987a : 12)¹⁹. On constatait, entre autres, un usage abusif de la peine d'emprisonnement. La Commission rappela alors «les critiques virulentes faites à l'incarcération depuis l'époque de la construction du premier pénitencier canadien à Kingston» (*ibid.*: 13).

Fait intéressant pour notre propos, on retrouve dans le rapport de la CCDP, du côté des « problèmes à résoudre », une critique explicitement adressée aux théories de la peine alors qu'est formulé ouvertement, du côté des «buts à atteindre», l'objectif de proposer une nouvelle théorie de la peine laquelle devait se substituer aux théories les plus en usage (rétribution, neutralisation, dissuasion, réhabilitation et dénonciation (*ibid.*: 18). La critique formulée par la Commission à l'égard des théories les plus en usage—ou ce que nous appellerons aussi les théories de la peine de la première modernité—dénonce le fait que cette densité cognitive est essentiellement d'ordre punitif et n'offre par conséquent que très peu de supports théoriques (voire aucun) aux sanctions alternatives²⁰ qui voudraient mettre en valeur un ordre de justice plus positif, plus conciliateur et moins hostile. Pires reprend les principaux enjeux de cette critique :

¹⁹ Pires a identifié cinq fils conducteurs du projet : le problème de la disparité des sentences; le problème de l'excès d'usage de la peine de prison; celui relié au manque de contrôle envers le pouvoir discrétionnaire des décideurs; le problème des peines d'emprisonnement indéterminées et celui du manque d'information statistique systématique sur les sentences (Pires, 1987a : 12).

²⁰ L'expression «sanctions substitutives» serait plus judicieuse compte tenu de la signification du mot «alternative» dans la langue française : une opposition entre deux choix. Cependant l'expression «sanction alternative» est très répandue dans le domaine de la criminologie et de la sociologie du droit ainsi que dans le discours judiciaire. Pour toutes ces raisons, nous utiliserons cette expression comme synonyme de «sanctions substitutives» ou, encore, de «mesures de rechange».

[...] les théories existantes de la peine conçoivent en quelque sorte l'activité (et le rôle) du juge au niveau de la sentence comme étant fondamentalement d'ordre punitif. Elles mettent toutes l'accent sur la punition et la peine au sens fort et classique de ces termes (voir p. 115-119). D'où le deuxième inconvénient qui est un corollaire du précédent et n'est posé qu'implicitement par la Commission : les théories ("buts") de la peine ne servent pas de support (théorique) aux sanctions communautaires (notamment celles de nature réparatrice ou relevant de la médiation) et/ou n'ont pas été conçues en fonction d'un éventail plus vaste de sanctions. Au contraire, certaines de ces théories (les rétributivistes, de la dissuasion, du juste dû et de la neutralisation) non seulement font silence sur ces mesures réparatrices mais souvent ferment les portes à ces mesures évoquant tantôt une éthique rigoriste de la peine qui a pour effet de transformer la "punition classique" en une sorte d'impératif moral, tantôt une utilité sociale (*e.g.*, la dissuasion) qui serait l'apanage exclusif de la peine, tantôt encore les deux à la fois. Or, la Commission veut justement promouvoir l'adoption de nouvelles sanctions réparatrices "autonomes" (...). Il faut donc envisager différemment le but des sanctions en droit pénal et concevoir autrement le rôle du juge au niveau sentenciel (Pires, 1987a : 20-21).

La longueur de l'extrait est justifiée par l'importance du propos et des critiques que la Commission adressait aux théories de la peine. Elle voulait tout simplement «se débarrasser du carcan» imposé par ces théories (*ibid.*: 21). Déjà en 1987, dans cet exercice de réflexion juridique officielle, ces théories sont identifiées comme problématiques et contraignantes, comme un « problème à résoudre » ou comme un obstacle à l'avènement d'un droit pénal plus humaniste, tourné vers la préservation du lien social et l'adoption de solutions positives au problème que peut représenter la transgression des normes de comportements du droit criminel.

Dans la même optique que l'avait fait avant elle la CRDC de 1974, la CCDP de 1987 proposera elle aussi de privilégier la terminologie de la *sanction* plutôt que celle de la *peine*. On insiste, ce changement terminologique est nécessaire parce qu'il pourra créer sur le plan sémantique la possibilité de la *modération* et la reconnaissance des sanctions alternatives.

Comme l'avait fait Fortin en 1982 pour la CRDC, Brodeur constatera en 1991 que les recommandations de la CCDP sont restées lettre morte et que, de façon générale, elles n'ont pas—elles non plus—produit les résultats escomptés. À bien des égards, ce moment d'«auto-

évaluation» d'un droit pénal orienté vers sa propre réforme semble avoir échoué et encore une fois la possibilité d'un droit criminel «re-modernisé» n'est pas historiquement actualisée.

Depuis les années 1960, quelques changements ont néanmoins permis un certain recul par rapport à la logique «pénalo-centrique» dominante²¹. On a pu dire que, dans les années 70, les droits de la personne «ont retrouvé la dimension contestataire et subversive qui était la leur en 1789» (Lochak, 2005 : 3). Mais, dans le contexte de la réforme du droit criminel, ces changements vont demeurer circonscrits, exceptionnels et sans portée sur une réforme *fondamentale* de la pensée *sur les peines* en droit criminel. Ainsi, en dépit de tous les efforts déployés par les commissions de réforme du droit, en dépit de toutes les initiatives de justice alternative, en dépit des rapports gouvernementaux et des critiques formulées par certains juristes, certains criminologues et certains sociologues, en dépit de celles formulées aussi par certains militants et les intervenants, l'évolution du droit pénal semble rester bloquée. Pour bien comprendre ce résultat, il faut garder à l'esprit l'ambivalence et l'ambiguïté de cette période : il n'y avait de « communication consensuelle » vers l'innovation, ni à l'extérieur ni à l'intérieur des frontières communicationnelles du droit criminel.

En ce qui concerne plus spécifiquement la question de la pénalité, et de façon paradoxale, l'évolution contemporaine semble avoir ignoré l'apport en connaissances qu'ont permis ces moments de «pensée réflexive critique». On le constate au Canada, mais on le constate de façon générale partout en Occident. À cet égard, Garland nous fait part de la réalité britannique et américaine :

²¹ Parmi ces changements, nous pouvons par exemple compter ceux introduits par le *Bill omnibus qui fut* présenté à la Chambre des Communes, en 1967, par le ministre de la Justice de l'époque, Pierre Elliott Trudeau (en raison de l'annonce des élections générales de 1968, son adoption sera cependant retardée jusqu'en 1969). Le 26 août 1969, le projet de loi devient loi et amende les dispositions pénales portant sur l'avortement, l'attentat à la pudeur, les loteries, la conduite avec des facultés affaiblies, les armes à feu et la réforme pénale. De façon générale, la sodomie et l'« indécence » pratiquées en privé entre adultes consentants ont été décriminalisées, l'avortement thérapeutique a été légalisé et les règles régissant le divorce ont été assouplies. Ces questions étaient loin de bénéficier d'un consensus solide à l'intérieur de la société canadienne. À l'occasion même des débats parlementaires, certaines voix se sont élevées contre les amendements portant sur l'avortement et l'homosexualité, qualifiant le projet de loi de « communiste, socialiste, athée et menaçant pour l'avenir du Canada » (Canadian News Facts, 1969: 260). Fait surprenant, le moment venu d'approuver la loi, l'initiative de Trudeau rencontrera peu d'opposition et le Code criminel sera amendé par un vote de 149 contre 55.

Throughout the period when the penal-welfare framework prevailed, [...] the affect invoked to justify penal reforms was most often a progressive sense of justice, an evocation of what 'decency' and 'humanity' required, and a compassion for the needs and rights of the less fortunate (Garland, 2001: 10).

.....

The historical trajectory of British and American crime control over the last three decades has been almost exactly the contrary of that which was anticipated as recently as 1970 (*ibid.*: 1).

Depuis les années 1980, il semble que même la constitutionnalisation canadienne des droits de la personne n'ait pas joué le rôle auquel on s'attendait sur le plan de la pénalité. Les droits de la personne n'ont pas produit un système de droit criminel davantage «human rights friendly» et ils n'ont pas non plus été en mesure d'empêcher le Canada de prendre le pli des dérives punitives qui ont caractérisé les sociétés occidentales jusqu'à aujourd'hui.

Bien que le temps ait passé et que nous ne puissions faire autrement que de constater que les promesses de réforme plus importantes n'ont pu être tenues, et bien que cette seconde modernité se fasse par ailleurs elle-même tardive, on s'autorise encore à penser, malgré tout, que les droits de la personne peuvent apporter une contribution significative au développement et à l'évolution du droit criminel. Denis Salas fait partie de ceux qui continuent de penser que «la référence aux droits de l'homme, en s'appliquant à tous les niveaux de la chaîne pénale, peut constituer la problématique d'ensemble dont a besoin la justice pénale pour être renouvelée» (1992 : 31).

Il semblerait toutefois que même si la possibilité d'un renouvellement de la justice pénale par l'intégration des droits de la personne continue d'exister, bien des obstacles l'empêchent encore de s'actualiser « à tous les niveaux de la chaîne pénale » et plus spécifiquement en ce qui concerne la sanction et de la détermination de la peine. Parmi ces obstacles, on peut sans doute relever certaines tendances contemporaines associées à ce que Baratta appelle l'« efficientisme pénal » (Baratta, 1999).

1.2 Un «efficientisme pénal» renouvelé à l'époque des droits de la personne

Ce que le concept d'efficientisme pénal représente de plus particulièrement intéressant pour nous, c'est le «problème d'apprentissage» systémique qu'il met en évidence dans le rapport du système de droit criminel à son environnement. Au lieu de réévaluer sa fonction sociale, de réviser ses attentes et de reconnaître ses limites et ses dysfonctionnements, « 'déçu' par la réalité, il [le système] se refuse d'apprendre par les échecs et [...] essaie de rendre plus efficace la réponse en augmentant l'intensité de la réaction » (Baratta, 1999 : 247).

Le problème que pose cette légitimation par l'efficacité du fonctionnement—à laquelle on aurait pu opposer, par exemple, une légitimation par la qualité réfléchie et contrôlée des contributions opérationnelles (juridiques et sociales)—c'est qu'elle tend à réduire la complexité structurelle d'un système social qui évolue dans un environnement toujours plus complexe : le système réduit ses attentes sur le plan des objectifs et il «re-détermine» ce à quoi l'on est en droit de s'attendre pour ce qui est des prestations sociales. C'est comme s'il devenait « plus modeste » sans modifier son orientation punitive dominante. En déterminant ainsi les critères d'évaluation de sa propre efficacité, il contrôle les déceptions et évite que les situations de crise deviennent trop aigües. La littérature criminologique et sociologique des dernières décennies s'est penchée abondamment sur l'explication de ce tournant managérialiste.

Dès le début des années 1990, Feeley et Simon (1992) avaient observé l'émergence d'une «nouvelle pénologie» basée sur un managérialisme qui limite les objectifs du droit criminel à ceux «de neutralisation et de management des personnes criminalisées». Ainsi réduit dans sa complexité, l'efficientisme pénal se caractérisait alors par une «culture» organisationnelle toute particulière où l'idéal qui gouverne le fonctionnement de l'unité relève de la capacité de se fixer des objectifs assez bas pour s'assurer de sa propre réussite.

Pour Garland, ce « new and all-pervasive managerialism [...] affects every aspect of criminal justice » (Garland, 2001: 18). Comme lui, McAra remarque que «all levels within

the system have become increasingly managerialist in operation (developing strategic plans, setting targets and developing tools for monitoring and evaluating performance)» (McAra, 2005: 283)²². Diffuses dans tous les niveaux du fonctionnement organisationnel, les tendances managériales auraient introduit rien de moins qu'une rupture dans les manières de faire justice en droit criminel (Garland, 2001).

Comme le fait remarquer Baratta, la rupture est particulièrement visible au niveau de la protection des droits de la personne qui faisait partie des critères d'évaluation de la qualité du fonctionnement du droit criminel moderne. L'efficientisme pénal aurait concouru à mettre en échec le principe de l'*ultima ratio* et à affaiblir ainsi les garanties juridiques procédurales et substantielles du droit (Baratta, 1999 : 247). On se demande même s'il n'est pas possible de parler à cet égard d'une « régression » ou d'un « effritement » par rapport aux standards valorisés par la doctrine juridique et par la jurisprudence depuis le XIX^e siècle.

Lorsqu'on s'éloigne des normes de procédure pour évaluer ce qui se passe en matière de normes de sanction, peut-on encore parler de rupture provoquée par le managérialisme ou l'efficientisme pénal? C'est moins certain. Pour Matthews (2005 : 195), si en relation avec la nouvelle pénologie managériale, des développements peuvent être observés sur le plan de la détermination de la peine, il faudrait encore se demander ce que ces changements apportent de véritablement nouveau dans nos sociétés contemporaines.

It is not difficult to find examples of the development and implementation of punitive strategies but there is a question determining the relative significance of such strategies in contemporary society. Since punitive and emotive strategies have historically been an endemic feature of crime control policies there is a need to explain what is new.

La question n'est pas tellement celle de dire qu'il y a eu changement ou non : changement il y a toujours du simple fait que le temps passe. La question est plutôt d'évaluer

²² Cet auteur reprend les descriptions de plusieurs observateurs des systèmes de droit criminel contemporains, dans les termes suivants : «No longer aimed at producing social integration, their primary objectives are to manage the social tensions brought by macro social and economic change (Garland, 1996); police the boundaries of both socially included and excluded groups (Bauman, 2000; Lianos and Douglas, 2000); and re-establish the authority of the state (Garland, 1996)» (McAra, 2005: 283-284).

le sens du changement. Certains changements prennent la forme d'une modulation superficielle de certaines frontières à l'intérieur desquelles un « noyau dur » et des structures perçues comme essentielles²³ ou fondamentales sont préservées; d'autres changements prennent la forme d'une véritable mutation structurelle pour laquelle les fondements se réinventent et de nouvelles identités s'actualisent. Pourtant, dans un cas comme dans l'autre, bien souvent, nous continuons de parler de changement. La terminologie est certainement un des aspects du problème : nous aurions peut-être intérêt à distinguer le « changement » de la « transformation »—qui correspondrait alors davantage au sens du changement décrit dans le deuxième cas de figure; changement profond et de nature identitaire—mais le problème est aussi de nature théorique au sens où l'appréciation de ce qui est plus « superficiel » par rapport à ce qui est plus « fondamental » nécessite un cadre de référence permettant de justifier théoriquement ce type d'analyse. Si on reconnaît « the need to explain what is new », cette explication ou cette signification du « nouveau » ne peut se faire sans cadre de référence théorique. À cet effet, plus loin dans l'analyse, nous verrons comment ce système d'idées appelé « rationalité pénale moderne » pourra nous servir de cadre de référence sur le plan théorique. En référence à la rationalité pénale moderne, le managérialisme est certes un nouveau *mode de gestion de la pénalité*, un nouveau mode de gestion du « risque » (Hannah-Moffat, 2005), mais la question de savoir s'il s'agit d'un nouveau *mode de détermination de la peine* reste complètement ouverte.

En fait, plusieurs éléments de contexte semblent déjà indiquer que, en matière de communications sur les peines, ce qui s'observe à l'heure actuelle prend l'allure d'un *continuum* beaucoup plus que d'une rupture. Et dans ce continuum, ce qui peut peut-être donner l'impression de « nouveauté »—et on pourrait alors continuer de se demander ce qu'il y a de réellement nouveau dans ce « nouveau »—c'est à la limite une forme d'accentuation des prescriptions punitives de la première modernité, une forme d'accentuation des tendances punitives—structurelles, contingentes, mais naturalisées—propres au système de droit criminel moderne (Matthews, 2005). Quelle en serait la cause? Pour le moment, les hypothèses pointent dans d'autres directions que le managérialisme.

²³ Au sens philosophique du terme.

Salas parle d'une tendance punitive revivifiée par l'«idéologie victimaire» et le «courant populiste» (Salas, 2005). Snacken (2001 : 12) parle d'une «justice en vitrine en réponse à une société en émoi». Melossi (2000: 314) remarque une forme de «suffocation rigid and certainly 'repressive' of moral and legal order». Cartuyvels explique cette «radicalisation de la réponse répressive» (2002 : 130) en se référant aux analyses de Garapon et d'Engels qui décrivent le droit pénal comme une «morale de remplacement» et un «espace public de substitution» (*ibid.*: 114). Wacquant relie le changement au déclin de l'État providence auquel se serait substitué «un État policier et pénitentiaire» qui criminalise la pauvreté et enferme les plus démunis (1999; 2001). Snider (1998) parle de «criminalization crusade». En somme, au-delà des diverses orientations analytiques et des diverses attributions causales, on s'entend généralement pour dire qu'en matière de justice pénale, le contexte historique de la deuxième moitié du XX^e siècle se caractérise par le «retour de mesures rétributives et de lois draconiennes» (Garland, 2001 : 9-13). Rappelons que l'idée de «mesures rétributives» implique des théories de la peine centrées sur l'imposition de la souffrance comme manière de «rendre justice»— que ce soit de façon «proportionnelle» ou «draconienne»— pour «livrer un message clair au public».

On a évidemment eu tôt fait de remarquer le risque que pouvaient représenter ces lois draconiennes et ces exaltations punitives pour les droits de la personne. On s'est effectivement posé la question à savoir si le paradigme de la «guerre contre le crime» ne nous conduit pas, de façon paradoxale, comme le suggère Delmas-Marty, à une «guerre contre les droits de l'homme» (2007a : 461). Et si tel était le cas, la question devient celle d'expliquer pourquoi ou de comprendre comment les droits de la personne n'ont-ils pas été en mesure, dans cette deuxième moitié de XX^e siècle et jusqu'à ce jour, de freiner davantage les tendances punitives contemporaines? Notre analyse traitera de cette question, mais nous en ajouterons une autre.

En effet, ce que nous avons peut-être moins exploré dans cette problématique—le problème qui, à notre avis, mériterait d'être mis en relief davantage—c'est celui du rôle qu'ont pu jouer les droits de la personne dans l'accentuation des tendances punitives contemporaines. On peut en effet se demander si les droits de la personne ne seraient pas eux-

mêmes en train de servir d'impulsion au développement des tendances répressives contemporaines (Delmas-Marty, 1992; 2007a, 2007b; Pires, 1995a; 2001a; Ost, 2007; Cartuyvels, 2007; Pires et Garcia, 2007; Garcia 2007, 2008; Salas, 2005; Schabas, 2002; De Gouttes, 2000; etc.). Un paradoxe serait alors en train d'émerger : comment des droits à vocation garantiste et orientés vers un bien-être collectif « constructif » (ayant pour projet la réduction des souffrances de *tout le monde*) ont-ils pu, par ailleurs, être décrits comme un catalyseur dans ce tournant punitif?

Certains observateurs du droit criminel ont bel et bien « osé » rattacher une part du problème que représentent les tendances punitives actuelles et le renforcement du droit de punir à la sémantique des droits de la personne. Si nous insistons sur le terme « osé », c'est qu'en effet, comme le faisait remarquer Ost, le problème est particulièrement « complexe et délicat » (2007 : 9). S'il existe, il reste encore invisible pour la plupart et souvent mal compris par ceux et celles qui se retrouvent confrontés à cette hypothèse provocante. Pires reconnaissait déjà en 1995 que la question est d'entrée de jeu source de malaise : comment oser associer une chose aussi noble que les droits de la personne à un phénomène aussi troublant que la distribution d'un mal étatique? Autant Pires que Ost lancent pourtant un appel à la réflexion libre et critique sur cette question. Pires précise :

[...] nous ne gagnons pas grand-chose en contournant systématiquement ces questions seulement parce qu'il est difficile d'en discuter ouvertement.

.....
 [...] il faut saisir le rapport ambivalent, voire contradictoire, que le droit pénal entretient avec la problématique des droits de la personne (Pires, 1995a : 136).

Ost ajoute que la question est d'autant plus importante et pertinente qu'il semble se créer tout spontanément, autour des droits de la personne, une communion d'idées, une allégeance «quasi-dogmatique» ou à tout le moins peu réflexive. Pour Ost, devant l'adhésion généralisée, prudence et vigilance sont en tout cas de mise.

Les droits fondamentaux, on le sait, informent aujourd'hui le système juridique tout entier; les valeurs qu'ils traduisent bénéficient du consensus le plus large, confinant à la communion idéologique. Voilà pourquoi, ici plus encore qu'ailleurs, l'esprit critique se doit de rester en éveil : lorsqu'une notion occupe progressivement tout le champ possible,

réorientant à son profit les concepts, solutions et procédures environnantes, lorsqu'une valeur tend à s'imposer avec la naturalité et la force de l'évidence, la vigilance est de mise (Ost, 2007 : 7).

L'impossible remise en question de l'état de fait, combinée avec la forte réaction passionnelle que génère celui ou celle qui ose interroger le consensus, ne peut faire autrement que de piquer la curiosité du sociologue et d'aiguiser son désir d'analyse.

Deux questions fondamentales seront donc placées au centre de notre analyse : d'abord, qu'est-ce qui a pu empêcher les droits de la personne de bloquer ou du moins de tempérer les tendances punitives qui s'accroissent plus particulièrement dans le cadre d'une seconde modernité dite, par ailleurs, « avancée »? Ensuite, si l'empirie permet de soutenir l'hypothèse, comment les droits de la personne peuvent-ils servir de catalyseurs ou de fondements à nos élans punitifs?

Nous allons traiter de ces deux questions, mais en les incorporant dans une formulation plus englobante, plus neutre et plus susceptible de laisser transparaître librement, en relation avec l'empirie, toute la complexité du problème. Cette question générale serait donc la suivante : Quels sont les rapports qu'entretient le système de droit criminel avec les droits de la personne? Ou encore : Comment la sémantique des droits de la personne a-t-elle été reçue par ce système? Et plus spécifiquement, comment a-t-elle affectée (ou non) le noyau dur des structures normatives qui ont été traditionnellement protégées par les frontières communicationnelles des théories modernes de la peine?

1.2.1 Droits de la personne et peines : le cas du débat menant à l'abolition de la peine de mort au Canada

Poser ainsi le problème sur le plan des théories de la peine représente un défi additionnel en ce qui concerne l'analyse. Le défi relève du fait que la littérature qui se penche sur la relation des droits de la personne avec le droit pénal s'est surtout centrée sur le domaine de la procédure ou alors sur des problèmes d'incrimination (création/abrogation de normes de comportement en matière criminelle).

Il existe, certes, il faut le dire, des recherches qui thématisent les droits de la personne en relation avec des objets pertinents pour la sociologie du droit et la criminologie, mais généralement ces recherches se penchent sur les questions relatives à la torture²⁴ ou aux crimes contre l'humanité ou alors elles se centrent sur les processus de création de nouvelles incriminations inspirés par le mouvement international de défense des droits de la personne²⁵.

La relation entre les droits de la personne et les théories qui motivent et orientent la détermination de la peine dans le pénal «au quotidien» n'a pas reçu, à notre avis, toute l'attention qu'elle méritait. Ce qui peut, en soi, être aussi source d'étonnement : Comment en effet ne pas voir un choc culturel éclatant dans la rencontre des idées des droits de la personne avec les idées et principes (théories de la peine) qui gouvernent la détermination de la peine en insistant sur l'obligation de punir, de punir sévèrement (avec une dimension afflictive à peine problématisée) et en grand nombre (c'est-à-dire avec certitude)? Une des raisons qui explique peut-être l'invisibilité du problème dans la littérature, c'est que les décideurs politiques et judiciaires, les juristes eux-mêmes, n'ont pas pris l'habitude d'articuler ce lien entre droits de la personne et les théories et normes de sanction comme un problème. Le lien auquel nous avons été plus habitués, c'est celui qui consiste à rattacher toute la question des droits de la personne aux normes de procédure. Dans le domaine des procédures, la profondeur des changements paraît plus importante. Sur le plan philanthropique, si on prend comme cadre de référence théorique les aspects les plus visibles de la pré-modernité, son arbitraire, ses secrets, sa torture, le bilan est certainement positif. On parle allègrement, là, de transformations en matière de justice pénale. C'est lorsque nous tournons le regard vers les théories de la peine que notre appréciation du bilan devient moins évidente.

Au Canada, sur le plan des peines, un regard optimiste a tendance à se rabattre derrière l'exemple de l'abolition de la peine de mort, y voyant une transformation significative à

²⁴ Ces recherches sont d'une énorme pertinence à une époque où, contrairement à ce qu'on pourrait s'attendre, l'interdit universel de la torture semble être remis en question (en grande partie en raison de la guerre contre le terrorisme). Voir à ce sujet Delmas-Marty (2007a).

²⁵ À cet égard, voir la recherche de Possas (2009), réalisée dans le cadre du programme de la Chaire de recherche du Canada, et portant sur la création de la loi contre la torture au Brésil.

l'époque même d'une revivification des plus grands espoirs humanistes que nous rattachions aux droits de la personne²⁶. Au moment où nous étions à tenter de définir la problématique de cette recherche, nous avons été régulièrement confrontée à cet argument selon lequel les droits de la personne, dans le domaine des peines, avaient permis au Canada l'abolition de la peine de mort. Nous avons alors entrepris de prendre l'argument au sérieux, d'en faire une hypothèse de recherche et de tester ces affirmations sur le terrain. Cette autre recherche empirique portant sur le thème de la peine de mort allait nous permettre de tester l'hypothèse, mais aussi de mieux circonscrire notre problématique et d'en spécifier les limites²⁷.

Cette recherche a été réalisée en collaboration avec Alvaro Pires (Pires et Garcia, 2007). Nous avons entrepris d'analyser le débat parlementaire de 1967²⁸ portant sur l'abolition partielle de la peine de mort²⁹ afin de voir dans quelle mesure les droits de la personne avaient contribué à ce résultat. Ce débat parlementaire a joué le rôle d'un «point de rendez-vous contingent» (Pires et Garcia, 2007 : 298) permettant de mieux saisir et de visualiser empiriquement et concrètement la relation virtuelle entre, d'une part, les droits de la personne et, d'autre part, les *théories* de la peine (rétribution, dissuasion, dénonciation, réhabilitation).

²⁶ Rappelons que le Canada s'était doté en 1960 d'une Déclaration canadienne de droits, une loi fédérale ayant une valeur quasi constitutionnelle qui proclamait la dignité et la valeur de la personne humaine, reconnaissait le droit de l'individu à la vie, à la liberté et à la sécurité et interdisait l'interprétation des lois comme devant infliger des peines ou traitements cruels et inusités. Au plan international, le Canada avait adhéré à la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU de 1948 qui garantit les mêmes sauvegardes.

²⁷ La recherche comparative sur les débats parlementaires en Belgique (1832-1867) et au Canada (1914-1956) sur la peine de mort, menée par Sauvageau (1998), bien que ne portant pas spécifiquement sur cette question, semble appuyer aussi nos résultats.

²⁸ Les *Débats parlementaires de la Chambre des Communes* du Canada pour l'année législative de 1967. Le débat eût lieu entre le 10 mai et le 30 novembre et a fourni un corpus empirique de 250 pages. La Déclaration canadienne des droits était en vigueur depuis 1960 et au plan international le Canada avait adhéré à la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU de 1948. Ces textes proclament la valeur et la dignité de la personne humaine, reconnaissent le droit de l'individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et interdisent l'interprétation des lois comme devant infliger des peines ou traitements cruels et inusités. C'est aussi une période pendant laquelle la question des droits de la personne a commencé à être fortement discutée et pendant laquelle aussi le gouvernement a créé deux commissions de réforme du droit d'orientation progressiste.

²⁹ Partiellement abolie en 1976, sauf pour le meurtre de policiers ou de gardiens de prison et certains crimes commis par des militaires, puis abolie complètement en 1998.

En d'autres termes, le travail empirique devait nous permettre de voir *si* et *comment* les droits de la personne ont été (ou non) actualisés dans le débat institutionnel visant à *conserver ou abolir* la peine de mort au Canada.

Cette recherche empirique nous a permis de constater que les droits de la personne ont été largement neutralisés dans leur impact abolitionniste virtuel. Tout le débat a plutôt tourné autour de la question de la dissuasion et de la rétribution. Ces théories de la peine ont en effet nourri autant les réflexions politiques favorables à l'abolition que celles préconisant sa rétention. En d'autres termes, au Canada, comme on peut également l'observer ailleurs en Occident, ce sont les théories de la peine, plus que les droits de la personne, qui «nous ont aidé à accepter la peine de mort mais aussi à l'abolir» (Pires et Garcia, 2007 : 291).

Certes, il y a ici et là quelques références à des arguments humanistes. Ceux-ci sont surtout reliés à la morale judéo-chrétienne ou à des sentiments de miséricorde et de charité naturelle de l'homme, mais ils ne sont pas nécessairement articulés en référence à la valeur normative des droits de la personne. Certains humanistes ont plutôt eu tendance à considérer que la peine de mort était plus «humaine» qu'une longue privation de la liberté; d'autres ont amené l'argument contraire, mais aucune de ces positions philanthropiques ne s'articule en référence aux droits de la personne.

Cette analyse est par ailleurs tout à fait compatible avec les résultats obtenus dans d'autres recherches menées ailleurs sur le thème de l'abolition de la peine de mort. Dans une recherche d'envergure sur ce thème, Zimring (2003 : 27) arrive à la conclusion que les droits de la personne n'ont joué «aucun rôle dans les [divers] processus domestiques qui ont produit l'abolition de la peine de mort dans les États européens pendant les années quarante, soixante ou soixante-dix ». C'est dire que la grande majorité des systèmes juridiques occidentaux ont aboli la peine de mort sans pression internationale et sans aucune référence directe aux droits de la personne³⁰. Selon Zimring, fait curieux, ce ne serait que sous l'impulsion du Conseil de l'Europe (1982), et donc après que les États européens aient déjà aboli la peine de mort, que

³⁰ Comme l'explique Zimring: «The late-blooming international campaign to view the death penalty from a human rights perspective was not so much a product of the struggle to end executions in Western Europe as it was an aftereffect of the triumph of abolition» (Zimring, 2003 : 27).

cette question en serait devenue une pouvant être rattachée—*a posteriori*—à celle des droits de la personne. Antérieurement, la question de la peine de mort et celle des droits de la personne seraient restées non seulement indépendantes, mais leur cohabitation aurait même été plutôt harmonieuse.

Only Nuremberg, with its extraordinary creation of crimes against humanity as a category together with its use of executions as a policy tool, might have been used as an argument that human rights and capital punishment could coexist (Zimring, 2003: 31).

De même, notre recherche empirique sur la peine de mort nous permet aussi de mettre en doute l'idée largement répandue que les droits de la personne auraient servi de catalyseur à l'abolition de la peine capitale dans différents pays occidentaux. Pour paraphraser Corcuff, cette idée ferait alors partie de ces « évidences les mieux partagées et les moins interrogées, du côté des acteurs mais aussi des univers savants » (cité dans Kaufmann, 2004 : 8). Mais ici, l'évidence interrogée, confrontée à l'empirie, montre ses limites et laisse transparaître une toute autre hypothèse : il semblerait en effet que l'abolition de la peine de mort dans la majorité des pays occidentaux n'aurait rien à devoir à la sémantique des droits de la personne.

De façon plus ou moins inattendue, notre recherche sur la peine de mort a par ailleurs fait réapparaître notre paradoxe à l'effet que les droits de la personne puissent, dans certains contextes, catalyser l'accentuation des tendances punitives que nous observons dans nos sociétés contemporaines. Nous ne pouvons étaler ici ni explorer toutes les données ressorties de cette enquête. Nous allons nous contenter de mettre en relief un extrait tiré de notre matériel empirique lequel nous permettra d'illustrer le paradoxe qui nous intéresse plus particulièrement ici. Voici l'extrait en question :

L'État doit punir sévèrement, de mort parfois, ceux qui méprisent le caractère sacré de la vie des autres (*Compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes du Canada*, 1967 : 4095-4096, notre souligné).

Dans cet extrait, on voit la « perte d'universalité » des droits de la personne. En effet, ce député réitère l'obligation de punir, l'obligation étatique de faire souffrir la *personne*

coupable et, s'il le faut, de la mettre à mort. Cet attachement passionnel (au sens durkhemien du terme) à une valeur fondamentale telle que la vie, ici conçue comme un droit inaliénable (sacré) pour les «*autres*» *personnes*, nous fait perdre de vue le caractère «paradoxal», voire contradictoire de l'argumentation : défendre la vie des uns par la souffrance ou la mort des autres. Cette «perte d'universalité» semble se produire chaque fois qu'on attribue les droits de la personne à une catégorie sociale *par opposition* à une autre (victime versus coupable; honnête citoyen versus criminel, etc.).

On voit ici aussi comment les logiques internes du droit criminel nous amènent à défendre certaines valeurs sans exprimer ces valeurs, un problème soulevé par George H. Mead dans un article classique sur *La psychologie de la société punitive* (1918 : 588)³¹. En d'autres termes, nous sommes ici confrontés à ce paradoxe qui émerge d'une réception particulière des droits de la personne dans les communications systémiques en matière de détermination de la peine. On peut en effet parler d'un usage «problématique» des droits de la personne par la justice criminelle. Il nous reste à tenter de comprendre ce qui contribue à produire ce paradoxe ou, au moins, à le rendre plus visible.

1.2.2 Éléments contribuant à l'usage problématique des droits de la personne par la justice criminelle

Dans les développements qui vont suivre, nous indiquerons trois facteurs ou «tendances actuelles» pouvant contribuer à cet usage problématique des droits de la personne en matière de justice pénale. Il s'agira d'explorer dans ce cadre la forme particulière qu'a pris la redéfinition du rôle de la victime à l'intérieur du système de droit criminel (1.2.2.1) ; les demandes répressives adressées par des mouvements de défense des droits de la personne au système politique et au système de droit criminel (1.2.2.2) et une certaine réception par les communications judiciaires du médium «opinion publique» en matière de détermination de la peine. (1.2.2.3). Dans le cadre de la problématique, l'exploration de ces trois facteurs se fera en référence à la littérature spécialisée. Ces observations prendront la forme

³¹ Voir Pires (2001a, 156; 2006a : 221-226) qui attire l'attention sur ces idées de Mead. Récemment, et de façon indépendante, Salas (2005) fait la même observation.

d'hypothèses que nous pourrions tester plus loin dans la présente recherche—préciser ou reformuler au besoin—en référence à notre empirie.

1.2.2.1 La redéfinition du rôle de la victime

Le rôle de la victime, *dans le système de droit* criminel, a subi des transformations importantes dans les dernières décennies. La prise en considération des problématiques reliées aux victimes d'actes criminels apparaît en Europe vers la fin des années 1940³² (Baril, 1988) et arrive en Amérique du Nord vers les années 1960 (Young, 2001). Au Canada, ce mouvement prend son véritable essor dans les années 1970, fruit, entre autres, des demandes et des revendications des mouvements féministes³³ et de la réalisation de sondages de victimisation (Baril, 1988 : 103; Young, 2001; Bernier, 2008; Salas 2005).

On a pu alors constater la profonde insatisfaction de la victime dans ses rapports avec la justice pénale, son manque d'intégration, le déficit de participation, le sentiment qu'elle avait tout au plus un rôle instrumental et accessoire dans le processus judiciaire: celui d'appuyer la poursuite en lui fournissant des informations importantes pour soutenir sa cause.

³² La victimologie, discipline qui étudie les rapports entre les contrevenants et les victimes et les caractéristiques de chacun de ces groupes, est née dans les années 40 (Young, 2001; Bernier, 2008). La naissance d'une discipline centrée exclusivement sur les victimes témoigne de l'explosion d'un intérêt sans précédent pour cette question. Selon Young (2001 : 3), la victimologie a beaucoup contribué à l'émergence et à l'expansion du mouvement des victimes. Certains se demandent si ce rapprochement entre la discipline et l'agenda des mouvements de victimes n'aurait pas transformé le mandat de la victimologie. Fattah évalue ainsi cette transformation : «Les réunions de victimologie ne sont plus des rencontres académiques où l'on présente les conclusions de la recherche scientifique sur les victimes et où on les soumet au débat; elles sont devenues une tribune pour la rhétorique politique et idéologique. Elles reflètent la transformation de la victimologie d'une discipline académique en un mouvement humaniste, le changement de la recherche académique à l'activisme politique...Volontairement ou non, consciemment ou non, les défenseurs des droits des victimes jouent le jeu des néo-conservateurs et des néo-classicistes qui contribuent à disséminer les idées et la philosophie de la criminologie de la droite» (Fattah, cité par Young, 2001 : 3). Sur ce dernier point, il est légitime de questionner *l'humanisme* de ces groupes.

³³ Les mouvements féministes d'alors mettaient de l'avant le traitement inadéquat et discriminatoire que recevaient les femmes victimes de violence dans le système de justice pénale.

Dans l'ordre du droit criminel moderne, représentée comme un simple témoin (privilegié) pouvant participer à la fabrication de la «vérité judiciaire», la victime n'a plus comme avant³⁴ le pouvoir de déterminer les modes de résolution d'un conflit qui concerne désormais l'État et le justiciable. Une série de réformes³⁵ tant au niveau national qu'international³⁶ ont vu le jour dans les dernières décennies dans le but de transformer le statut de la victime dans l'enceinte pénale, en le renforçant par une série de mécanismes et de droits susceptibles de mieux protéger les intérêts et les besoins des victimes d'actes criminels.

Toute la question était dès lors celle de savoir comment mieux protéger les intérêts des victimes et comment mieux répondre à leurs besoins. En ce qui nous concerne, la question centrale ici est la suivante : va-t-on tenter de leur faire une place sans transformer les *théories afflictives de la peine* (rétribution, dissuasion, dénonciation) et le cadre cognitif d'observation mis en place par ces théories (qui ont polarisé la relation *nous/coupable*) ? Ou, dans les termes de Mead (1918) : va-t-on tenter d'intégrer la victime en conservant une « psychologie de la société punitive »?

Au Canada, la Commission de réforme du droit considérait en 1974 que «l'intérêt porté à la violation des droits de la victime devait se manifester de plusieurs façons», notamment en

³⁴ Avant la modernité, les historiens ont documenté le fait que la victime jouait un rôle beaucoup plus central dans la détermination des modes de résolution conflits. Il n'existait alors, selon Rico, « aucune différence sensible [...] entre le procès pénal et le procès civil » (1968 :265). Dans les deux procès, « seule la victime était qualifiée pour poursuivre en justice le coupable d'une infraction » (*ibid.*: 265). À cet effet, Young indique que «'l'âge d'or' de la victime se poursuit jusqu'à l'époque médiévale» dans le cadre d'un processus qui mettait l'accent sur la compensation et la justice réparatrice » (Young, 2001 : 5). Voir aussi Salas, 2005 : 67). Avec l'arrivée de la modernité, le droit de punir se centralise dans l'organe étatique qui prendra progressivement le dessus sur la justice privée. La victime perd alors plusieurs de ses prérogatives.

³⁵ À ce titre, nous mentionnerons plus loin quelques-unes des plus importantes réformes dans le droit criminel canadien.

³⁶ Sur le plan international, les Nations Unies ont adopté le 11 décembre 1985 (résolution 40/34) une *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*. Voir à ce sujet Lopez, Portelli et Clément (2007). Le Canada a été, avec l'Australie et la France, un des pays qui a le plus contribué à l'élaboration de ce document (Baril, 1988 : 103). Pour donner suite à l'adoption de cette Déclaration, le Canada a élaboré en 1988 l'*Énoncé canadien de principes fondamentaux de justice*. Voir à ce sujet Young (2001 : 17).

accordant «la priorité, dans la détermination de la peine et le prononcé de la sentence, à la restitution et à l'indemnisation pour la perte et le dommage subi³⁷», recommandation qui sortait des cadres cognitifs connus des théories de la peine (Commission de réforme du droit, citée dans Bernier, 2008 : 22). Cette même commission recommandait par ailleurs de permettre «à la victime d'exprimer son opinion sur la sentence qu'elle considère appropriée» (*ibid.* : 22)³⁸. On voit bien que les effets attendus de cette dernière recommandation risquent fort de varier en fonction du cadre cognitif donné par les théories de la peine. Dans le cadre des théories classiques de la peine, la *réponse* du système de droit criminel à ce stimulus, *et indépendamment des intentions de la victime, est inégalement probable* : elle a plus de chances de s'orienter vers la punitivité. Il est donc inutile de chercher à savoir, comme le fait une bonne partie de la littérature scientifique et juridique, si les victimes sont ou non «répressives» : le problème se trouve dans les *structures cognitives de réception* (dans ce cas, dans les théories de la peine) *du système de droit criminel*, et non chez les victimes elles-mêmes³⁹.

³⁷ Au Canada, s'inscrivent dans cette optique un certain nombre de mesures fédérales, notamment le *Bureau national pour les victimes d'actes criminels*, ainsi que le *Centre de la politique concernant les victimes* (qui oeuvre à l'élaboration de politiques de défense des intérêts des victimes) et le *Fonds d'aide aux victimes* (qui accorde des subventions aux organismes qui travaillent auprès des victimes et permet d'accorder—sous certaines conditions—une aide financière aux victimes et à leurs familles). Certaines provinces canadiennes ont elles aussi alloué certaines enveloppes budgétaires à leurs organismes venant en aide aux victimes. Par exemple, au Québec, des organismes à but non lucratif, comme les CAVAC (Centre d'aide aux victimes d'actes criminels) ont été mis sur pied à partir de la *Loi sur l'aide aux victimes d'actes criminels* dans le but d'informer, d'appuyer et de soutenir les victimes sur le plan social et juridique pendant le déroulement de leur procès. Le Québec compte également sur la collaboration d'un *Bureau d'aide aux victimes d'actes criminels* qui est directement rattaché au ministère de la Justice (voir à ce sujet Bernier, 2008 : 30-31).

³⁸ Ces préoccupations demeurent d'actualité, comme en témoigne un document produit en 2007 par le Gouvernement du Canada à la suite de la Semaine Nationale de sensibilisation aux victimes d'actes criminels) et qui avait pour titre «C'est le temps d'écouter. L'évolution des initiatives fédérales visant à appuyer les victimes d'actes criminels». Le document peut être consulté en ligne à l'adresse suivante : http://www.semainedesvictimes.gc.ca/archive2007/ressource_guide/posters/2928_victims_Reg_R4_WEB.pdf

³⁹ C'est le principal problème de l'étude de Young (2001) qui essaie de nous montrer, tout au long de son rapport, que les victimes sont moins répressives qu'on le croit, mais qui reconduit *lui-même* les communications du droit criminel qui favorisent les théories de la peine afflictive (rétribution, dénonciation, dissuasion). Son rapport montre effectivement assez bien que *ni le problème ni sa solution* ne se trouvent chez les victimes, mais dans les *théories de la peine* du système récepteur.

Dans les années 1980, les victimes se voient concrètement reconnaître certains droits «nouveaux» (Young, 2001 : 1). Plusieurs indicateurs empiriques vont en témoigner et ce, tant sur le plan de la réparation et de l'indemnisation des dommages subis que sur le plan de la prise en compte de l'opinion de la victime dans le processus de détermination de la peine. Mais les théories «modernes» de la peine restent dominantes dans le système. On assiste même à une certaine «dévalorisation» de la théorie de la réhabilitation en faveur des théories centrées exclusivement sur l'exclusion sociale (rétribution, dissuasion, dénonciation).

En ce qui concerne spécifiquement la prise en compte de l'opinion de la victime dans le processus de la détermination de la peine, on peut certes faire mention de l'article 722 (1) du Code criminel canadien (CCC) qui traite de la *Déclaration de la victime (Victim's Impact Statement)*. L'article 722 [1]—l'aboutissement du projet de Loi C-89—reconnaît aux victimes le droit de déclarer⁴⁰, au tribunal, «des dommages—matériels, corporels ou moraux—ou les pertes causées à celle-ci par la perpétration de l'infraction ». Le juge doit alors prendre cette déclaration en considération «pour déterminer la peine ou pour décider si un délinquant devrait être absous» (CCC, art. 722 [1]). Toujours en relation avec la détermination de la peine, la violence conjugale, la violence envers les enfants ou l'abus de confiance ou d'autorité ont été considérées comme des facteurs aggravants dans le projet de loi C-41—projet de loi qui est entré en vigueur en 1996.

En dépit des changements observables sur le plan législatif, les mouvements de défense des droits des victimes—et certains observateurs de ces mouvements—évaluent de façon pessimiste les gains réels concrets dont ont pu profiter les victimes⁴¹. Certains considèrent

⁴⁰ Cette possibilité a été octroyée d'abord par le projet de loi C-89 adopté en 1988. En 1995, le projet de loi C-41 (qui a modifié le Code criminel par une Loi entrée en vigueur en 1996) a rendu obligatoire pour le Tribunal de tenir compte de la Déclaration de la victime. Finalement, le projet de loi C-79 donnant lieu à une Loi modifiant le Code criminel qui est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999, a imposé au juge le devoir de s'assurer que la victime a obtenu toutes les informations entourant la possibilité de réaliser une telle déclaration (Canada, 2007 : 12-13).

⁴¹ Car, d'une part, les théories de la peine font obstacle à l'innovation sur la manière de penser les sanctions, voire la procédure pénale. Les victimes qui cherchent des solutions non répressives risquent alors d'être déçues. D'autre part, lorsque les recommandations de sentence sont « entendues » par les opérateurs du système et qu'elles s'harmonisent avec le cadre des théories classiques de la peine, ces opérateurs ne sont pas tous prédisposés, loin de là, à augmenter nécessairement la part de répression

que les «nouveaux» droits des victimes n'ont pas de force exécutoire et ne seraient que de simples déclarations de principes à valeur essentiellement symbolique (Young, 2001; Barret, 2008).

Des défenseurs des droits des victimes auraient indiqué un problème en matière de Charte canadienne des droits et libertés : le problème serait dû à une forme de parti pris constitutionnel en faveur des intérêts du délinquant et au détriment des victimes. Dans un document produit en 2007 dans le cadre de la «Semaine Nationale de sensibilisation aux victimes d'actes criminels», le gouvernement du Canada explique la perception de ces groupes de défense des droits de victimes quant à la nature de ce supposé « problème » constitutionnel.

Dans de nombreux cas, ces groupes de pression ont constaté que la reconnaissance des droits des accusés dans la Constitution entraine en conflit avec la bonne administration de la justice ou la «recherche de la vérité». Ce déséquilibre observé entre les droits des accusés d'actes criminels et les intérêts des victimes d'actes criminels a davantage incité les défenseurs des intérêts des victimes d'actes criminels à revendiquer leurs «droits» (Canada, 2007 : 5⁴²).

Certains groupes avaient effectivement demandé à ce que la Charte fasse explicitement référence aux droits des victimes—certaines « fractions » du mouvement iront même jusqu'à demander la création d'une *Charte des droits des victimes*⁴³. Le ministère de la Justice a

qui est déjà préfixée. Le résultat est un double échec sur le plan des attentes : ni les victimes qui veulent composer avec le coupable, lui pardonner, etc., ne réussissent à le faire à leur satisfaction, ni celles qui s'attendent à ce que la punition qui lui est infligée puisse « exprimer » leur sentiment de douleur ou d'outrage, n'obtiennent nécessairement ce résultat (en dépit d'avoir l'appui de ces théories). C'est la « *stasis* » du système de droit dont parlait Teubner (1989b : 84). Évidemment, ce n'est pas usuellement de cette façon que les observateurs expliquent l'« échec ressenti » de ces réformes législatives.

⁴² Ce document peut être consulté en ligne à l'adresse suivante : http://www.semainedesvictimes.gc.ca/archive2007/resource_guide/posters/2928_victims_Reg_R3_2_WEB.pdf ; consulté le 4 avril 2009.

⁴³ Dans cet esprit, le député Randy White (Reform Party) a déposé une motion à la Chambre des communes en 1996 avec cette proposition. Le groupe MADD (Les mères contre l'alcool au volant) a proposé en 1997 l'adoption d'une *Charte nationale des droits des victimes*. Voir à ce sujet Canada (2007).

demandé à des spécialistes universitaires canadiens⁴⁴ de se pencher sur la question de savoir si la Charte devait être effectivement modifiée pour mieux accommoder les intérêts des victimes. Tous s'entendent alors pour dire qu'une modification constitutionnelle ne pourrait guère améliorer davantage le statut de la victime au sein du système de justice criminelle⁴⁵.

À cet égard, les analyses récentes de Roach (2008), conjuguées à celles de Barrett (2008), montrent qu'en dépit d'une absence de référence explicite aux droits des victimes dans la Charte canadienne des droits et libertés, on ne pourrait nier le fait que cette dernière ait néanmoins, et ce dans différents contextes⁴⁶, servi de support au renforcement des droits légaux des victimes dans les plus hautes instances du système judiciaire canadien. Barrett remarque que cette Charte, dans son état actuel, a de fait offert au mouvement de défense des droits des victimes «the means by which persons other than the accused and the Crown could assert rights in the criminal proceedings⁴⁷» (Barrett, 2008 : 628). Mais le problème ici est d'un autre ordre : ces « droits » accordés aux victimes ne nous disent encore rien sur les paradoxes éventuels sur le plan de la relation droits de la personne/punitivité.

Qu'on soit ou non d'accord avec l'idée que les victimes ont eu et continuent d'avoir un impact réel—sinon symbolique—sur le fonctionnement du droit criminel canadien n'est pas ce qui importe le plus pour notre propos. Ce qui importe davantage, c'est de pouvoir reconnaître qu'un nouvel ordre de discours est en pleine émergence, que nous ne sommes plus, aujourd'hui, à discourir sur les victimes dans les mêmes termes qu'auparavant et que l'aboutissement de cette redéfinition du rôle des victimes en matière de justice pénale aura

⁴⁴ Il s'agit du Professeur Kent Roach (Université de Toronto), du Professeur Alan Young (École de droit Osgoode Hall) et du Professeur David Pacciocco (Université d'Ottawa) (Canada, 2007 : 8).

⁴⁵ Canada (*ibid.*).

⁴⁶ Notamment, R. v. Keegstra, [1990] S.C.J. No. 131, [1990] 3 S.C.R. 697 (S.C.C.); R. v. Mills, [1999] S.C.J. No. 68, [1999] 3 S.C.R. 668 (S.C.C) (Roach, 2008 : 757). Liste à laquelle Barrett (2008 : 652) ajoute R. v. O'Connor [1995] S.C.J. No. 98, 103 C.C.C. (3d) 1 (S.C.C.).

⁴⁷ Sur ce point, Roach reprend et limite la généralisation: «Although the concerns of some victims and potential victims such as victims of sexual assault and hate crimes can be translated into Charter rights, the claims of many other cannot» (2008: 735).

des conséquences *différentes* sur le fonctionnement du système en fonction des théories de la peine qui vont lui donner une place dominante.

Pour Salas, qui se réfère à l'environnement du système de justice criminelle, le développement de cette «idéologie victimaire» (Salas, 2005 : 65) s'inscrit dans une modernité qui rend la référence holistique et communautaire difficile à concevoir sur le plan politique. En ce sens, la disparition d'un monde collectif commun dans les référents politiques serait compensée par une solidarité de remplacement restructurée dans le monde judiciaire autour de la «victime». L'avantage de cette «nouveauté», pour le système politique, est ici mis en contexte par Salas:

Le statut de victime lui offre un «capital imaginaire» dans un monde où toute «enveloppe communautaire» a disparu. Aux solidarités collectives (celles du monde du travail, par exemple) succède une «solidarité victimaire». De là vient la position moralement active de la justice pénale comme substitution à un soutien collectif absent. [...] Les idéologies fondées sur la promesse d'un monde meilleur ont disparu et avec elles leur capacité de consolation. Ce déficit d'espérance contient, en creux, l'attraction du statut judiciaire de la victime. Les ressources du procès pénal (désignation d'un fautif, investigation, confrontation cathartique à l'audience) proposent une offre de sens sans concurrence (Salas, 2005 : 79).

Certains voient évidemment la chose d'un bon œil. Erez résume ainsi les arguments dans le camp où on y serait favorable : l'expansion des droits des victimes dans le procès pénal fera en sorte que «la détermination de la peine sera plus efficace»⁴⁸; «le processus deviendra davantage démocratique et traduira la réaction de la collectivité en ce qui concerne le crime»; la dignité de la victime sera renforcée; «l'intégration de la victime donnera lieu à une plus grande collaboration de la victime au système judiciaire»; «la proportionnalité et la justesse de la sentence seront plus grandes si le tribunal a des renseignements sur les dommages subis par la victime»; «le principe de l'équité est davantage respecté si la victime s'exprime» (Erez, cité par Young, 2001 : 7-8). Évidemment, ces «progrès», accomplis de cette façon, ne nous laissent pas anticiper une dissolution du paradoxe des communications des droits de la personne par rapport aux peines.

⁴⁸ Ceci rappelle l'idéologie de l'«efficiëntisme», déplorée par certains observateurs. Voir à ce sujet Baratta (1999).

Pour d'autres, la participation plus active de la victime dans le procès pénal pourrait devenir problématique. Erez regroupe ainsi ces autres arguments, plus critiques ou plus sceptiques : «le fait de permettre la participation de la victime minera l'isolement du tribunal par rapport aux pressions inacceptables du public»; une approche subjective basée sur les sentiments des victimes peut remplacer l'approche objective que doit avoir le juge; la Déclaration de la victime risque d'influer sur le résultat final du procès; les victimes étant différentes, leur input provoquera une plus grande disparité dans les sentences; la sévérité de la peine risque d'accroître puisque la victime est perçue par les opposants à sa participation comme «une personne vindicative dont l'objectif principal, en participant, sera de faire en sorte que le contrevenant reçoive une peine sévère», etc. (Erez, cité par Young, 2001 : 8). Il faut noter que même ce regard «critique» passe, à notre avis, à côté du problème : il voit bien une aggravation du statu quo, mais il n'indique pas la «source» éventuelle du problème.

Tous ces arguments, pour et contre, peuvent avoir une certaine validité, mais il semble que cette comptabilité entre avantages et désavantages ne fait que retarder la formulation d'un problème plus central. En effet, le problème n'est pas tant la participation plus active des victimes dans l'enceinte du droit criminel; il est normal que les victimes sentent le besoin de se rapprocher du fonctionnement d'une institution qui s'est historiquement peu souciée de leur bien-être, des dommages subis et des besoins de réparation et de protection ressentis. La participation de la victime dans le domaine pénal ne serait donc pas, en soi, la «cause» des problèmes de sévérité/non sévérité des peines.

Ce qui peut s'avérer plus préoccupant—pour paraphraser les remarques de Salas citées ci-dessus—c'est l'absence de concurrence sur le plan de l'offre de sens proposée par le système de droit criminel. L'offre de sens proposée —c'est-à-dire la manière de valoriser les demandes des victimes—est profondément imprégnée de la rationalité mise en œuvre par les théories modernes de la peine (dissuasion, rétribution, dénonciation, etc.). Ces théories—qui forment un système d'idée que Pires appelle la rationalité pénale moderne—se caractérisent, entre autres choses, par une (sur)valorisation de l'affliction et/ou de l'exclusion sociale du délinquant. Lorsque ce système d'idées et l'«idéologie victimaire» dont parle (Salas, 2005 : 65) se rencontrent, il y aurait comme une affinité élective dans le cadre de laquelle

reconnaître les droits et les intérêts des uns (les victimes) implique de faire souffrir ou d'exclure socialement les autres (les délinquants). Ce n'est donc pas la quête de reconnaissance victimaire 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 sociaux.

Bien que Garland n'identifie pas clairement la part de responsabilité qui revient aux structures cognitives du système de droit criminel lui-même, il a clairement remarqué la manière dont le problème se manifeste.

The new political imperative is that victims must be protected, their voices must be heard, their memory honoured, their anger expressed, their fears addressed. The rhetoric of penal debate routinely invokes the figure of the victim—typically a child or a woman or a grieving family member—as a righteous figure whose suffering must be expressed and whose security must henceforth be guaranteed ». [...] A zero-sum policy game is assumed wherein the offender's gain is the victim's loss, and being 'for' victims automatically means being tough on offenders (Garland, 2001: 11).

Selon Young, il semble que les arguments en faveur de la participation de la victime auraient plus de place et de visibilité, mais que «les professionnels du milieu judiciaire ont bien davantage été influencés par les arguments des détracteurs» et considèrent en effet que la participation de la victime « contredit les objectifs justifiables de la détermination de la peine » (2001 : 8).

La question pour nous sera de savoir si le système observe ce paradoxe, s'il met ou non en place des stratégies pour le contrôler et s'il participe ou non à l'émergence d'une nouvelle offre de sens, à la mise en valeur de nouvelles idées ou de nouvelles théories de la sanction susceptibles de concurrencer le système d'idées dominant, la rationalité pénale moderne.

1.2.2.2 Les mouvements sociaux «progressistes» et leurs demandes répressives

Ces questions que nous relierons ici au mouvement des droits de défense des victimes pourraient parfaitement être recadrées dans un contexte beaucoup large qui concerne l'émergence, dans les années 1960, des mouvements sociaux contemporains. Au Canada, comme l'indique Pires, la Cour suprême (CSC) a ouvert la porte à leur participation dans des causes pénales après l'adoption de la Charte des droits et libertés de 1982 à l'aide de la figure de l'*amicus curiae* : «on assiste [alors] à l'émergence massive de nouveaux acteurs sociaux dans les causes pénales devant les tribunaux» (Pires, 2001a : 199). Il s'agit normalement de mouvements de défense des droits de la personne (des femmes, des enfants⁴⁹, des personnes handicapées, etc.) qui demandent à participer comme intervenants dans des causes où se joue la défense d'un droit ou d'un intérêt qu'ils partagent avec la victime (ou avec l'accusé)⁵⁰.

Ces mouvements sociaux s'organisent autour d'un thème ou d'une catégorie sociale d'individus et mettent en place des pratiques et des discours de revendication qui s'adressent à plusieurs sous-systèmes sociaux, selon des formes plus ou moins organisées, plus ou moins stabilisées, plus ou moins institutionnalisées (marches, rencontres, organisations, conférences de presse, etc.).

Dans le domaine de la justice criminelle, ils ont acquis la possibilité de recevoir une autorisation pour aller exprimer leur point de vue sur certains thèmes sociaux auprès des Tribunaux (généralement les instances d'appel) : ils ont un droit de parole et peuvent ainsi participer activement au procès. Dans ce processus, chaque mouvement social, «chaque morale particulière cherche à passer en force et à s'emparer d'une norme pénale pour imposer sa conception» (Salas, 2005 : 225) sur la façon dont doit être assurée la protection de leurs intérêts.

⁴⁹ Nous avons analysé ailleurs certains impacts problématiques que les mouvements de défense de la personne-enfant peuvent générer dans le système de justice criminelle (Garcia, 2008).

⁵⁰ Des mouvements de défense des droits du justiciable peuvent bien sûr bénéficier des nouvelles structures organisationnelles qui ont été créées pour permettre à ces groupes d'avoir une participation active dans le procès. Nous ne traiterons pas de ces cas parce qu'ils ne posent pas de problèmes, en principe, à l'endroit de la protection des droits des justiciables.

Le système de droit criminel a ainsi développé des structures formelles d'accueil de ces mouvements dans son organisation. Ce phénomène peut être décrit comme une transformation du système en raison de ce que Pires appelle la «judiciarisation du public», soit le fait que «le public cesse d'être [...] un simple destinataire de la norme juridique, ou encore un aspect de l'environnement du système pénal, pour devenir à la fois une sorte de critère et de prolongement interne de ce système» (2001a : 194-195).

Le phénomène modifie le paysage judiciaire et on peut se demander s'il ne modifie pas aussi, d'une certaine manière, la configuration du conflit. Pires explique :

Aujourd'hui, dans une décision de la Cour Suprême du Canada, c'est un paysage familier que de voir une liste de mouvements sociaux qui sont venus à leur tour plaider dans le dossier. La fameuse formule juridique «Reine *contre* Untel» est-elle devenue obsolète ? Doit-on désormais écrire «Reine *plus tel ou tel groupe ou organisation* contre Untel ? (Pires, 2001a : 199).

La plupart du temps, il s'agit de mouvements «sans théorie»⁵¹ qui se caractérisent par un «engagement d'urgence dans des causes précises (par opposition à un engagement de réforme globale)» (*ibid.* :196).

La question de fond que nous voulons soulever ici, sans nécessairement pouvoir y apporter une réponse, est celle de savoir si la réception des communications de ces mouvements sociaux dans le système de droit criminel est en train de se traduire par une «re-stabilisation» des théories de la peine à vocation plus punitive.

Il faut alors, d'une part, voir l'orientation des demandes faites par ces mouvements concernant les sanctions et (implicitement ou explicitement) les théories de la sanction et,

⁵¹ Luhmann (1989b : 125) écrit : « *The new social movements have no theory* » (voir aussi Feher et Heller, 1984). Par là il veut dire que ces nouveaux mouvements sociaux, contrairement aux mouvements socialistes, n'ont pas une réflexion théorique à offrir sur la société. Pires (2004b : 48) adapte cette caractérisation de Luhmann à notre problème en disant que ces mouvements sociaux sont (aussi) « sans théorie sur le système de droit criminel ». Et nous pouvons ajouter qu'ils sont sans projet global de refondation d'une société meilleure pour tous. Les revendications sont au contraire élaborées pour améliorer les conditions ou promouvoir les intérêts et la protection d'un groupe social en particulier.

d'autre part, observer par le biais de quelles structures cognitives les tribunaux et la doctrine sont en train d'accueillir (ou non) ces demandes. Est-ce que la *réception* de cette participation fait obstacle à l'innovation dans la manière de motiver et de déterminer les sanctions ? Y a-t-il un risque de «dédifférenciation du système de droit criminel par rapport au système politique» (Pires, 2004b : 49) ? Le système juridique est-il en train d'utiliser des critères décisionnels qui ne lui appartiennent pas, des critères appartenant à d'autres systèmes et qui n'auraient pas été convertis en critères propres au système de droit criminel ? Bref, quel est l'impact de cette «judiciarisation du public» sur la détermination de la peine ?

Nous allons illustrer ce problème avec l'affaire Latimer, qui a fait l'objet d'une étude de cas au Laboratoire de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale (Lachambre, 2005). Latimer a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et condamné à perpétuité sans possibilité légale de libération conditionnelle avant 10 ans à la suite de la mort de sa fille Tracy qui souffrait de paralysie cérébrale grave. La preuve était absolument claire sur le fait que Latimer avait tué intentionnellement sa fille (par compassion) et aussi sur le fait qu'il était un excellent père pour Tracy. Lors du premier procès, le jury lui-même a ignoré l'obligation légale d'une incarcération minimale de 10 ans et a recommandé au juge du procès une peine d'un an d'incarcération. Le juge du procès, de façon non moins surprenante, a demandé une exemption constitutionnelle et a donné à Latimer deux ans de prison, le premier en milieu carcéral et le deuxième en prison domiciliaire avec sa famille à sa propre ferme. Le cas est allé en cour d'appel puis à la Cour suprême du Canada. Certains groupes religieux et certaines organisations de défense des droits des personnes handicapées ont revendiqué alors la peine minimale de 10 ans et ont motivé cette revendication avec les théories de la dissuasion, de la dénonciation et avec la nécessité de protéger les droits de la personne des individus physiquement handicapés. En fin de compte, la CSC a décidé en faveur de la peine minimale de 10 ans. En faisant cela, elle est allée à l'encontre de la recommandation du jury et de sa politique générale consistant à ne pas modifier la sentence des juges de procès.

Ce qui nous intéresse pour illustrer la question centrale de cette sous-section c'est de montrer que des groupes humanistes ou philanthropiques de défense des personnes

handicapées ont demandé, *au nom des droits de la personne*, que la peine minimale de dix ans soit gardée à l'égard de M. Latimer. Pour ces groupes, une peine moins lourde que la peine minimale de dix ans aurait été synonyme d'une non reconnaissance de la valeur de la personne handicapée en tant que personne à part entière. L'argument avancé et la position défendue au nom du *Council of Canadians with disabilities*⁵² devant la Cour suprême du Canada dans l'affaire Latimer peuvent se résumer ainsi :

Any attempt to reduce the consequences of the Appellant's decision to murder his daughter (whether that reduction be by way of applying the doctrine of necessity, relying on section 12 of the Charter or invoking the royal prerogative of mercy⁵³) is equally offensive to the dignity, integrity and security of persons with disabilities (Coalition : 19 – 20, dans R. c Latimer [2001], cité dans Lachambre, 2005: 104-105).

Le point de vue exprimé est parfaitement exemplaire du paradoxe qui nous occupe ici : des mouvements sociaux avec des autoportraits progressistes et humanistes entrent dans l'univers de sens du droit criminel moderne, mobilisent *la sémantique des droits de la personne* pour y défendre des valeurs soi-disant universelles de dignité humaine, d'intégrité et de sécurité, mais exigent néanmoins le recours à des peines sévères, afflictives, privatives de liberté pour le délinquant. Face à ce paradoxe, on peut dire avec Mead (1918 : 588), Pires (2001a : 156) et Salas qu'effectivement, « le droit de punir *défend* mais *n'exprime pas* les valeurs [fondamentales]» (Salas, 2005 : 229). Ce problème contemporain, une autre manifestation du paradoxe qui nous intéresse, sera davantage traité dans le cadre de nos observations empiriques.

⁵² Cette coalition *ad hoc* était composée de six organisations : Council of Canadians with Disabilities, Saskatchewan Voice of People With Disabilities, Canadian Association for Community Living, People in equal participation, DAWN Canada, and People first of Canada. Ces organisations se sont regroupées, l'espace de cette affaire seulement, pour faire une représentation commune. À partir de maintenant, nous allons adopter le terme de *Coalition* pour nous référer à cette entité temporaire.

⁵³ Cette prérogative royale de clémence était fréquemment utilisée au Canada avant l'abolition de la peine de mort en 1976, et servait notamment à commuer des peines de mort en peine d'emprisonnement.

1.2.2.3 Une construction problématique du médium «opinion publique» par le système de droit criminel

Nous serons brève sur ce point parce qu'il n'a qu'une retombée indirecte sur le thème de notre recherche⁵⁴. Certaines études ont attiré l'attention sur ce qui paraît être l'émergence d'un phénomène nouveau ou d'un problème contemporain : la «juridicisation de l'opinion publique» à partir de la deuxième moitié du XX^e siècle (Pires, 2001a et 2004b; Xavier, 2008; Salas, et Mingasson, 2005). La question ici peut être provisoirement formulée comme suit : Est-ce que le médium «opinion publique» commence à être observé et décrit par les tribunaux (juges et procureurs), voire par la doctrine, comme étant un «critère» dont il faut tenir compte pour aggraver les peines ou pour ne pas donner une peine moins sévère mais qui pourrait être parfaitement convenable au cas ? L'affaire Latimer peut de nouveau nous être utile. Cette affaire a eu une couverture médiatique énorme entre 1993 et 2001 (date de la décision de la Cour suprême du Canada). La publicité de cette affaire faisait état d'une «opinion publique» partagée à l'égard de la sentence qui serait «juste» par rapport à Robert Latimer, nombre d'expressions de cette opinion allant contre la «peine minimale» de 10 ans. La Cour suprême n'a pas tenu compte du fait que, dans le cas en espèce, le médium «opinion publique» prenait une forme «partagée». La Cour dira, entre autres choses, que « la [théorie ou l'objectif de] dénonciation prend beaucoup plus d'importance dans l'examen de la peine dans les cas où il y a degré élevé de planification et de préméditation, et où l'infraction et ses conséquences font l'objet d'une forte publicité [de sorte que] les personnes ayant les mêmes idées peuvent fort bien être dissuadées par des peines sévères»⁵⁵. Nous pouvons voir que dans le cas de Robert Latimer, que l'on admettait être un bon père, il aurait été difficile de justifier sa peine sans les théories négatives mentionnées (dénonciation ou dissuasion), ou autres du

⁵⁴ Présentement, Xavier (2008) mène une recherche sur ce sujet spécifique dans le cadre du programme de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale.

⁵⁵ La Cour ajoute : « cela est particulièrement vrai dans les cas où la victime est une personne vulnérable en raison de son âge, d'un handicap, ou d'autres facteurs de même nature » R. c. Latimer, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1, au par. 86). Quelques lignes auparavant, la Cour suprême avait également dit : «d'autre part, nous sommes conscients de la bonne moralité et de la bonne réputation de M. Latimer au sein de la collectivité, de sa profonde angoisse au sujet du bien-être de Tracy ainsi que de sa persévérance louable en tant que parent qui aime sa fille et prend soin d'elle» (R. c. Latimer, [2001] 1 R.C.S. 3, 2001 CSC 1: 7).

même genre. Enfin, on voit bien que la «publicité» de l'affaire a joué ici comme «critère de motivation» pour la sévérité des peines.

Ce problème est d'autant plus important que l'«opinion publique» prend l'allure d'un «artefact» ou d'un outil d'action politique (Bourdieu, 1973). Ce concept est en effet traditionnellement plus associé à la politique qu'au droit. Son usage est très ancien et, selon Stoetzel, «on attribue à Sir William Temple (1671) la première esquisse d'une théorie de l'opinion comme une des sources de l'autorité politique» (1998 : 588). Le vocable s'est stabilisé et il est utilisé par un grand nombre de disciplines qui en font «l'objet de descriptions et le principe d'explications» sans pour autant qu'un effort théorique de conceptualisation ne soit accompli dans la grande majorité des études (Stoetzel, 1998: 588). Le constat de ceux qui ont suivi l'évolution du vocable est le suivant :

Il est impossible de trouver une définition satisfaisante de l'opinion publique, et, s'il en est ainsi, c'est qu'en réalité le mot et l'idée présentent tous les caractères de confusion et d'indétermination des notions vulgaires, par opposition aux concepts scientifiques (*ibid.*: 589).

Luhmann a analysé, lui aussi, le médium «opinion publique». Dans ses réflexions sur le système politique, il est venu à le considérer comme «la main invisible» de ce système (Luhmann, 2001b : 29⁵⁶). Pour cet auteur,

Far more than other function systems, the political system depends on public opinion. For politics, public opinion is one of the most important sensors whose observation takes the place of direct observation of the environment. [...] By fulfilling the function of concealing obviousness, public opinion plays the same role as tradition in earlier societies: to offer something to which one can adhere in a way that saves one from reproach (Luhmann, 1990a: 215).

Si «opinion publique» est un médium du système politique (et aussi du système de média de masse) on peut se demander, comme l'a fait Pires (2001a : 194), si ce médium n'est pas en train d'être approprié maintenant aussi par le système de droit criminel et de devenir alors

⁵⁶ Je remercie mon collègue José Roberto Xavier d'avoir attiré mon attention sur ce texte.

«une forme de *politisation* du droit pénal». En paraphrasant Luhmann, nous pouvons dire que le médium «opinion publique» serait alors aussi la *main politique invisible* du système de droit criminel et ce, entre autres choses, à travers l'usage de la théorie de la dénonciation, de la dissuasion et de la rétribution, ce qui a le risque de stimuler une *politique de la sévérité des peines*.

Tel que pour le système politique, nous pouvons faire ici l'hypothèse qu'au sein du système de droit criminel, l'opinion publique fonctionne comme «un médium pour une observation de deuxième ordre» (Luhmann, 2001b : 35). À travers le concept d'opinion publique, le système observe des observateurs, il observe son environnement et établit «des schémas permettant d'observer la manière dont les observateurs observent» (*ibid.*: 45). Il ne faut cependant jamais oublier que «l'environnement n'est pas pertinent en tant que tel; il n'est pertinent que dans la mesure où les observations internes construisent des informations qui pourront être traitées ultérieurement dans le système lui-même» (*ibid.*: 36). Or, le système de droit criminel paraît être en train de construire ce médium à l'aide des théories de la peine de la première modernité, ce qui amène à sélectionner les informations qui vont favoriser la sévérité des peines ou faire obstacle aux sanctions mettant l'accent sur l'inclusion sociale.

De même que pour le système politique, le support du médium «opinion publique» à la communication fonctionne comme «une nouvelle souveraineté dans une main invisible» (Luhmann, 2001b: 28), ajoutant une espèce de légitimité «objective» difficile à remettre en question du fait qu'elle mette en scène «un deuxième niveau de communication (n'ayant pas lieu) des absents avec les absents» (*ibid.*: 41). Et, comme le rappelle Pires (2004b : 49), il faut écarter ici un malentendu : «le système de droit criminel ne délègue pas le pouvoir de décision au public; c'est le système qui décide si, quand et comment [ce médium] sera intégré [dans ses décisions]».

La question que nous aimerions poser à nos données est alors la suivante : Comment les acteurs judiciaires se représentent-ils l'«opinion publique»? La conçoivent-ils comme étant purement répressive? Peut-elle se montrer conciliatrice? Modérée? Ouverte ou non aux sanctions alternatives? Les indications empiriques jusqu'à présent suggèrent que ce médium

fonctionne davantage en faveur de la sévérité que de la modération des peines. Nous verrons si notre recherche confirme ces indications.

En guise de conclusion aux trois sections précédentes (1.2.2.1, 1.2.2.2 et 1.2.2.3), on peut dire que les phénomènes analysés ont tous permis, à leur manière, d'illustrer le problème et les enjeux liés aux rapports paradoxaux établis entre les droits de la personne et le droit criminel moderne. Ils nous ont aidé à rendre plus visibles les façons par lesquelles la sémantique des droits de la personne peut être mobilisée au profit d'un accroissement des éléments répressifs du système de droit criminel.

Sans rejeter l'importance et la légitimité d'un rapprochement entre le système de droit criminel moderne et les victimes (1.2.2.1), sans dénigrer la pertinence des enjeux relevés dans la lutte menée par les mouvements de défense des droits de la personne (1.2.2.2) et sans non plus balayer du revers de la main la possible intégration de l'opinion publique dans les mécanismes et fonctionnements des institutions modernes—incluant celle du droit criminel (1.2.2.3)—, il y a lieu de s'interroger quant aux « dangers » que ces modalités d'interpénétration entre le système et son environnement peuvent représenter sur le plan de la détermination de la peine et celui de la protection des droits de la personne en matière de droit criminel. Il faut en effet reconnaître le danger que peut représenter, dans les termes de Salas, ce « moralisme punitif » qui pénètre le droit criminel de la seconde modernité, il faut aborder les enjeux d'une tendance contemporaine lorsqu'elle implique que « d'exprimer nos valeurs [se fasse] au risque d'une indifférence aux droits des auteurs d'infractions » (Salas, 2005 : 228). L'intégration des victimes, des mouvements sociaux « sans théorie » et d'une certaine « opinion publique », au sein même du procès pénal, n'est pas un problème en soi, mais elle peut devenir problématique lorsque cette articulation système-environnement se fait dans le cadre d'un « droit pénal [qui] n'a transformé substantiellement ni sa structure normative, ni sa rationalité » (Pires, 2001a : 200). Dans un tel contexte, les droits de la personne paraissent effectivement créer des effets contradictoires et paradoxaux qui s'accordent mal avec les objectifs poursuivis dans le cadre de leur constitutionnalisation, et notamment la protection de l'individu contre les pouvoirs du souverain.

1.3 Les perspectives des recherches qui observent le rapport entre le droit criminel et les droits de la personne⁵⁷

La littérature sur le concept de droits de la personne est abondante. La littérature qui prend comme objet les droits de la personne en relation avec le droit criminel moderne est, de son côté, très restreinte. Bien qu'elles aient connu un certain essor dans les dernières années, les recherches qui se sont plus spécifiquement penchées sur le paradoxe qui nous intéresse ici, celui qui apparaît dans la relation des droits de la personne au droit criminel, sont peut-être plus rares encore⁵⁸. Dans ce qui suit, nous allons tout de même tenter de faire état des connaissances accumulées sur cette question.

⁵⁷ Nous allons nous concentrer sur les recherches qui abordent directement le rôle paradoxal des droits de la personne *dans le système de droit criminel*. Il existe toute une littérature qui analyse ce sujet en relation avec d'autres objets d'étude, d'autres problématiques et d'autres perspectives. Les recherches de Stammers (1993; 1995; 1999) constituent un exemple intéressant de ces analyses. Il questionne le rôle des droits de la personne et la façon par laquelle ils sont mobilisés par les mouvements sociaux à l'intérieur d'une approche qui met l'accent sur les relations de pouvoir dans la société. Il arrive à la conclusion que les droits de la personne peuvent servir à défier le statu quo ou à le réifier. Dans un texte de 1995, il conclut « that there are profound ambiguities in the social democratic concept of human rights and that the social democratic approach occupies an ambivalent position insofar as the social and political practices that follow from it both challenge and yet sustain state and private economic power » (Stammers, 1995: 507). Tout en reconnaissant le besoin de développer des recherches qui questionnent le rapport des droits de la personne avec différentes structures sociétales, il reconnaît « the wider utility of analyzing ideas of human rights in terms of power and power relations. Accepting that ideas of human rights can only be justified insofar as they challenge rather than sustain existing relations of power, then we must now recognize that there are serious deficiencies with (...) the approaches derived from the western intellectual tradition that have dominated in the debate on human rights » (Stammers, 1995: 507). Dans un autre texte, il analyse une question qui fait écho au type de démarche que nous essayons de proposer ici en ce qu'il problématise la sémantique des droits de la personne dans le système de droit criminel : « What might be the nature of the relationship between the "challenging" and "sustaining" dimensions of human rights discourse? There are issues which have hardly been considered in the literature, yet, again, they are questions of fundamental importance which go to the heart of debates over the nature and role of human rights » (Stammers, 1999: 996).

⁵⁸ Précisons que nous faisons ici référence à la rareté des recherches qui prennent en considération le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel et qui élaborent ce paradoxe. Par exemple, en 1974, Goldinger a édité un ouvrage intitulé « Punishment and Human rights », qui regroupe huit textes de commentateurs connus, mais qui est entièrement consacré à l'analyse du rapport entre le droit pénal et la moralité. Ce sont donc ces questions qui sont abordées : Quelle théorie de la peine respecte davantage la morale? Le droit de punir peut-il se passer de la responsabilité morale de l'individu? Comment punir les crimes commis par négligence? Comment punir les « criminels moraux », les objecteurs de consciences, ceux qui ont recours à la désobéissance civile? Que faire face à des criminels souffrant de maladies mentales? Ce sont ces questions qui sont élaborées dans cet ouvrage et très peu de place est accordée à la réflexion sur les droits de la personne. Il y a aussi un

Nous prendrons comme point de départ les analyses de Delmas-Marty. Cette auteure a reconnu le paradoxe qui émerge de la relation des droits de la personne avec le droit criminel, les premières lueurs de sa réflexion apparaissant dans *Le flou du droit*, publié en 1986. Delmas-Marty observe, dans le contexte «flou» des droits de la personne, une multiplication des normes d'incrimination, l'accélération des mouvements de réforme, la réapparition nouvelle de la victime et des groupements collectifs dans le pénal, et toute une autre série de transformations de la pénalité. Pour elle, il ne fait nul doute que la «complexité des pratiques» est en lien avec «la pression, juridiquement multiforme, des droits de l'homme» (1986 : 330). Selon le cas—et dépendamment aussi du point de vue normatif de celui qui observe—les effets observables peuvent être inquiétants ou, au contraire, prometteurs. Elle explique en mettant en contraste deux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (l'affaire Dudgeon ; 22 oct. 1981⁵⁹ et l'affaire X...et Y...c/Pays-Bas⁶⁰):

On peut donc dire que la protection des «droits de l'homme» marque d'abord les limites du pouvoir de punir des États : pouvoir d'incriminer, mais aussi conditions des poursuites, de la condamnation, du choix et de l'exécution de la peine), donc les limites au mouvement de pénalisation [l'affaire Dudgeon ; 22 oct. 1981].

créneau de recherche qui consiste à analyser les droits procéduraux et à évaluer les différents régimes de procédure d'un point de vue comparatiste. Voir à ce sujet Andrews (Ed.) *Human rights and Criminal Procedure, a Comparative Study*, 1982. Un autre champ de recherche, plus particulièrement développé, est celui de l'analyse de l'impact des textes internationaux de droits de la personne dans la justice criminelle des États-Nations, en prenant en considération chaque étape du procès pénal, de l'investigation à la détermination de la peine. Voir, à ce sujet, Emmerson, Ashwort et MacDonald (Eds), *Human rights and criminal justice*, 2007, pour le cas de l'Angleterre. Dans ce type d'ouvrages, les auteurs procèdent généralement à une analyse détaillée de la jurisprudence des cours européennes et internationales, qui est surtout concentrée sur le domaine de la procédure et des règles concernant la preuve, et de façon moins importante des règles de droit criminel substantif et de détermination de la peine (Emmerson, Ashwort et MacDonald, 2007 : v).

⁵⁹ Il s'agissait d'un délit d'homosexualité entre adultes (1986 : 315). Le délit d'homosexualité entre adultes fut jugé contraire au droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention...La décision de la Cour européenne des droits de l'homme donna origine à la dépénalisation du comportement.

⁶⁰ Il s'agissait d'une cause qui eût à l'origine le viol d'une malade handicapée mentale. «Au gouvernement néerlandais qui faisait valoir qu'il existe différentes manières d'assurer le respect de la vie privée et que le recours à la loi pénale ne constitue pas nécessairement l'unique solution, la Cour répond qu'elle estime «insuffisante la protection du droit civil dans le cas de méfaits du type de celui dont Y...a été victime. Il y va, en l'espèce, de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels de la vie privée. Seule une législation criminelle peut assurer une prévention nécessaire dans ce domaine» (1986 : 316).

Mais elle peut aussi imposer à un État le recours au droit pénal—mouvement inverse de pénalisation. Empiètement d'une autre nature, peut-être plus marqué par rapport à la souveraineté nationale. Cet effet d'incitation à la pénalisation – c'est-à-dire cette obligation à définir et à réprimer comme infraction pénale – apparaît dans l'affaire déjà invoquée X...et Y...c/Pays-Bas.

.....
 On observe donc un effet non seulement d'inhibition, mais aussi d'incitation, des droits de l'homme sur le droit pénal comme sur la politique criminelle (Delmas-Marty, 1986 : 315-316).

Comme il arrive avec un grand nombre d'observateurs, on ne distingue pas usuellement—ou l'on distingue mais on ne garde pas de façon systématique la distinction—entre recours au droit criminel (dans le langage usuel « criminalisation ») et l'actualisation des théories de la peine *dans le droit criminel* (« pénalisation » accrue ou objections aux sanctions non carcérales). Dans ce texte de Delmas-Marty, la notion de *pénalisation* est synonyme de *criminalisation*. Ceci s'explique par le fait que les deux phénomènes vont souvent de pair, bien qu'ils ne soient ni logiquement ni nécessairement associés l'un à l'autre⁶¹. Il faut remarquer alors que dans les effets opposés (inhibition vs incitation) que souligne Delmas-Marty, le paradoxe apparaît par rapport aux normes de comportement—et non par rapport aux normes de sanction— : les droits de la personne servent à légitimer la sélection du droit criminel et la non sélection du droit criminel. Elle décrit cela comme la «force agissante [et neutralisante] des droits de l'homme sur la politique criminelle» (Delmas-Marty, 1986 : 293).

Dans un texte de 1992 et toujours dans le cadre d'une analyse du droit européen des droits de l'homme, Delmas-Marty attire encore notre attention sur ce même paradoxe qui est décrit dans les termes suivants:

[...] la relation entre droit pénal et droits de l'homme est une relation ambiguë exprimant une tension entre deux pôles, parfois antinomiques et parfois confondus. L'antinomie avec les droits de l'homme est en effet au cœur de la "justice pénale", fondée sur le droit de punir, c'est-à-dire de porter atteinte à certains droits fondamentaux de la personne, à commencer par celui d'aller et venir librement; et pourtant le système

⁶¹ Pour une analyse d'une situation empirique où les deux phénomènes ne sont pas associés, voir Pires et Cauchie (2007).

pénal remplit aussi une fonction de protection des droits fondamentaux (Delmas-Marty, 1992: 28).

Delmas-Marty observe donc—bien qu'elle le présente dans d'autres termes—le paradoxe dont il est question dans cette recherche. Cette auteure rend ce paradoxe intelligible en le contextualisant dans ce qu'elle appelle «le flou du droit», en l'occurrence le flou des droits de l'homme, des droits qui, dans le domaine du système de droit criminel, permettent au droit pénal de se transformer et de déployer plusieurs «états possibles» (Delmas-Marty, 1986 : 13).

Cette revue de la littérature spécialisée ne pourrait faire abstraction des contributions importantes qui ont récemment été regroupées dans l'ouvrage collectif *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*. Centrées sur notre problème, ces contributions sont évidemment d'un intérêt tout particulier. Cet ouvrage collectif réunit en effet les contributions d'un ensemble d'experts qui s'étaient donnés comme projet commun de réfléchir aux rapports paradoxaux entre les droits de l'homme et le droit criminel et de les mettre en évidence dans leurs différentes formes⁶².

Plusieurs des contributions ont été réalisées à partir d'une analyse minutieuse de l'évolution jurisprudentielle du droit des droits de l'homme européens et de la jurisprudence des instances communautaires⁶³. C'est collectivement qu'on observe alors un «détricotage» (Cartuyvels, 2007 : 31) des principes «garantistes» du droit pénal classique.

Une des hypothèses explorées est celle d'une rupture dans l'historicité des droits de la personne à l'intérieur du système de droit criminel. Vus historiquement dans leur fonction de limitation du droit de punir, dans leur fonction «bouclier» dans le système politique d'abord, en limitant le nombre et la portée des incriminations et dans le système de droit criminel par

⁶² Nous ne ferons pas ici mention à notre contribution à cet ouvrage, avec Pires, puisqu'elle a été abordée dans la sous-section 1.2.1 de ce chapitre.

⁶³ Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne le rapport entre les droits de l'homme et la prison, voir Tulkens (2002 : 249-285). Nous y trouverons une analyse détaillée et documentée de la façon par laquelle la Cour a interprétée le droit à la vie, le droit à un procès équitable, l'interdit de la torture et des peines ou traitements cruels et inusités, le droit à la liberté et à la sûreté, etc.

après, en garantissant des droits procéduraux et en limitant les peines, les droits de la personne seraient en train de provoquer des effets nouveaux dans la pénalité contemporaine. Dans ce cadre, une deuxième histoire du rapport entre les droits de l'homme et le droit criminel serait en train de se tisser, une histoire dans laquelle les droits de la personne ne seraient plus des boucliers face aux incriminations et au droit de punir mais, au contraire, des arguments mobilisés au profit des incriminations et de la sévérité des peines. De contrainte au droit de punir ils seraient devenus source de légitimation de ce droit. Nous reprendrons ici certains points saillants de cette réflexion collective en relation avec notre objet de recherche.

Les textes de Dumont et Hachez (2007 : 45-73), Van Drooghenbroeck (2007 : 75-109), Bailleux et Van Meerbeeck (111-174), et Poncela (2007 : 363-376) analysent le paradoxe en ayant recours à la jurisprudence des plusieurs instances européennes de droit pénal, et rapportent donc ce qui est en train de se passer dans les instances judiciaires de production du droit. Ainsi, par exemple, pour décrire l'évolution jurisprudentielle à Strasbourg, où de plus en plus on demande que le droit pénal soit mis au service des droits de l'homme, Sébastien Van Drooghenbroeck soulève la question suivante : «Comment et jusqu'à quel point la Cour européenne des droits de l'homme en est-elle arrivée, dans un souci de protection des droits de l'homme, non plus à réfréner, mais tout au contraire à imposer le recours à la voie pénale» (2007 : 85)? Tout en reconnaissant l'utilisation paradoxale des droits de la personne par la Cour, après une vaste recherche jurisprudentielle l'auteur affirme, par exemple, qu'en aucune cause la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle «affirmé l'existence d'un "droit fondamental" à voir punir son prochain» (2007 : 108).). Nous pouvons voir ici les signes d'une «résistance» dans le système de droit (criminel) lui-même à certaines trames discursives présentes dans son environnement.

Poncela s'inquiète du fait que «le droit pénal apparaît aujourd'hui comme étant le «fer de lance de la "mondialisation des droits de l'homme"» (2007 : 364). Elle remarque dans ce cadre que : «la modération des peines fut l'un des premiers droits de l'homme revendiqué et proclamé; il fut toujours et demeure l'un des plus incertains, l'un des plus sujets à variations» (*ibid.*: 376).

Bailleux et Van Meerbeeck constatent eux aussi un développement paradoxal des droits de la personne dans la Cour de justice des Communautés européennes, mais les auteurs n'y voient pas nécessairement un problème : «il ne nous semble pas exister aucune objection de principe à ce que les fonctions "épée" et "bouclier" coexistent au sein d'une même jurisprudence» car «l'enthousiasme répressif» dont fait parfois preuve la Cour de justice dans la protection de certains droits fondamentaux n'entame en rien la vigueur avec laquelle elle utilise ceux-ci pour contrer les excès du droit pénal» (2007 : 173). Il n'est pas clair ce que ces auteurs veulent dire par là : l'une des tendances serait-elle en train de neutraliser l'autre ou sont-elles tout simplement parallèles?

Ost est moins convaincu de la thèse d'un «match nul» et fait appel à la «vigilance critique». Certaines transformations contemporaines dans l'environnement du droit criminel ont complexifié le système de droit criminel lui-même dans un sens visiblement menaçant pour les droits de la personne. Parmi ces transformations, il note, entre autres, le fait que les frontières soient devenues incertaines entre droits de la personne et droit pénal et où il est de plus en plus difficile de dire si les droits de l'homme sont des droits des individus ou des droits de l'humanité; il met dans l'équation la montée en puissance «d'un nouvel "ordre moral"»; il souligne les effets reliés à «la sacralisation de la sécurité et de la vie» (pour qui?, pourrions-nous nous demander); il attire l'attention sur «la panique morale» qui s'exalte autour de crimes graves comme les atteintes sexuelles et les crimes contre les enfants; il inscrit dans cette mouvance la mise en place d'une «croisade contre le mal» et la «guerre contre le crime» (Ost, 2007 : 11). Bref, les risques existent et déjà les effets menaçants peuvent se faire sentir dans le droit criminel contemporain.

Un nouveau «moralisme punitif» tend à faire en sorte que «tout se passe comme si nous ne parvenions à afficher le prix que nous accordons à nos valeurs qu'en les assortissant d'une lourde panoplie répressive menaçant ceux qui y porteraient atteinte» (Ost, 2007: 12). Dans ce contexte, les garanties traditionnelles des droits de la personne «se mobilisent au service exclusif des victimes réclamant des incriminations plus larges, des procès plus rapides et des peines plus lourdes» (*ibid.*). Le «centre de gravité du procès pénal» se déplace, le pénal se privatise et devient réparation à une victime (*ibid.*: 14). Il y a aussi le danger d'«ériger en

droit subjectif [des victimes], voire en droit fondamental, le droit d'obtenir la condamnation pénale» de l'accusé (*ibid.*: 18). On constate déjà «une dégradation des garanties pénales traditionnelles couplée à une sévérité accrue des incriminations et des sanctions» (*ibid.*: 13). Le droit pénal passe de subsidiaire à prioritaire, «un droit de la normalité» dans une société «sécuritaire et victimaire» (*ibid.*:14). Comment ne pas voir le problème quand on sait qu' « historiquement, les droits de l'homme ont principalement servi de "bouclier" contre [ces] excès potentiels du droit pénal, en limitant son intervention à un triple point de vue :

[...] normatif, en excluant ou restreignant toute forme d'incrimination portant atteinte aux droits de l'homme; sanctionnateur, en interdisant toute forme de peine inhumaine ou dégradante incompatible avec le respect fondamental de la dignité humaine; procédural, enfin, en exigeant un ensemble de garanties liées au droit de l'inculpé à un procès équitable (Ost, 2007 : 8-9).

Comment pouvons-nous, dans un tel contexte, maintenir le postulat d'une coexistence harmonieuse entre droits de la personne et droit pénal? Pour Ost, et contrairement à ce qu'ont pu dire Bailleux et Van Meerbeek, la coexistence entre ces deux univers de sens, celui des droits de la personne et celui du droit pénal moderne, ne peut aller de soi dès lors qu'aujourd'hui, dans le système de droit criminel moderne, cette traditionnelle fonction «humanisante» des droits de la personne s'accompagne d'une fonction toute autre qui induit la répression, qui légitime le droit pénal dans ses modes de «"pénalisation " des droits fondamentaux» (Ost, 2007 : 9).

Cartuyvels aborde le paradoxe dans le même sens et reconnaît, à son tour et dans les mêmes termes, cette rupture dans l'historicité des droits de la personne : «on peut dire que depuis la fin du XVIII^e siècle, les droits de l'homme ont servi de "bouclier" contre les excès du droit pénal en limitant son intervention» (Cartuyvels, 2007 : 23). Bien que la fonction «épée» du droit criminel ait toujours été «co-substantielle» à l'existence même de ce système juridique, depuis la fin du XVIII^e siècle, les droits de l'homme auraient néanmoins été régulièrement invoqués « pour cadrer, contrôler et limiter cette fonction épée, beaucoup moins pour l'encourager» (*ibid.*: 24). Ce qui lui permettra de dire que, malgré tout, le projet pénal des Lumières en était un d'«"humanisation" clairement référé à l'idéologie montante des droits de l'homme-citoyen» (*ibid.*).

Aujourd'hui, il semble que cette fonction ait perdu de sa vitalité. Elle se serait affaiblie devant toute une série de transformations contemporaines qui concernent notamment la «complexité du jeu des normes sociales», la question «du risque et de l'insécurité», «la montée de la victime», le «déploiement d'une scène politico-médiatique tétanisée par l'opinion publique», etc. Des transformations qui nous entraînent dans un mouvement de «'criminalisation du monde''» faisant appel au droit pénal comme réponse première et la «plus évidente» aux problèmes de société (*ibid.*: 27-31).

Pour Cartuyvels, ces transformations affectent toute une série de principes fondamentaux en matière de justice pénale, notamment les principes de la légalité des incriminations et ses corollaires (interprétation stricte et non-rétroactivité de la loi pénale, principe qui se trouve bousculé en matière de crimes contre l'humanité), les droits de la défense (présomption d'innocence, limitation de la détention avant jugement, interdiction de la torture, etc.) et le principe de l'utilisation du droit criminel en dernier recours. Tous ces principes seraient en train de s'affaiblir dans les mouvances du contexte social contemporain.

Cartuyvels remarque aussi un impact considérable sur la détermination de la peine et sur les principes de l'égalité et de la proportionnalité : «la proportionnalité est mise en avant pour justifier le retour d'un rétributivisme pénal plus strict alors que l'égalité, signale A. Pires, pourrait signifier plus "décision également sévère" que "également modérée"». Ces transformations pourraient expliquer en partie pourquoi «l'accroissement de la répression pénale, en termes de sévérité des peines, est dès lors un constat partagé par de nombreux experts travaillant sur l'évolution des peines en Europe et aux États-Unis» (2007 : 36). Ces phénomènes font partie de ceux⁶⁴ qui seraient en train de mettre à mal un «idéal de modération dans la punition»; un idéal qui, selon l'auteur, constituait, jadis, «la pierre angulaire du projet pénal classique⁶⁵» (2007 : 36). En somme, aujourd'hui, sur le plan de la

⁶⁴ Cartuyvels, suivant Garland et d'autres, reconnaît également, dans cette conjoncture aux tendances particulièrement punitives, les effets attribuables à l'émergence d'une "sociétés de contrôle", au déclin de l'État-providence, à l'importance donnée aujourd'hui aux «intérêts (punitifs) des victimes» et à l'imaginaire de sévérité renforcé par le «triangle médias/politique/opinions publiques» (2007 : 37).

⁶⁵ L'auteur reconnaît cependant que dans la pratique, le droit pénal classique n'a pas lui non plus réussi à mettre en œuvre cet idéal de modération, mais on peut tout de même reconnaître que l'idéal

détermination de la peine, et contrairement à ce qu'on peut observer sur le *plan procédural*—où « la dimension "garantiste" du projet pénal moderne [demeure] la plus manifeste et la plus clairement associée à la protection des droits de l'homme » (Cartuyvels, 2007 : 29)—il est non seulement difficile de soutenir que les droits de la personne reconnaissent encore, avec la même force d'attachement, l'idéal d'une protection étendue du justiciable, mais on pourrait même avancer l'hypothèse qu'à l'heure actuelle ces droits catalysent des opérations systémiques (punition afflictive et/ou privative de liberté, voire la mort) mettant en péril plusieurs des valeurs jugées fondamentales et universelles (dignité, vie, liberté, etc.).

La contribution de van de Kerchove viendra mettre en relief, dans le cadre de ce paradoxe contemporain, la question des caractères et des fonctions de la peine. L'auteur considère en effet que « les relations paradoxales et partiellement mouvantes qu'entretiennent le droit pénal et les droits de la personne (...) paraissent se nouer autour de ces deux questions » (2007 : 337).

En ce qui concerne plus particulièrement les caractères de la peine en matière de droit criminel, l'auteur considère que la peine se veut « afflictive », elle impose ou à tout le moins recherche la distribution d'un mal ou d'une souffrance (physique et/ou psychologique); elle se veut par ailleurs « infamante » en ce qu'elle se présente comme le signe de la réprobation sociale par excellence; elle se veut aussi « stigmatisante » à partir du moment où la « marque » de cette réprobation et les effets induits par celle-ci dans la trajectoire de vie de l'individu outrepassent la durée formelle de la sanction (van de Kerchove, 2007: 339-340). Dans cette perspective, comme le fait remarquer van de Kerchove, on ne s'étonnera plus du fait que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme puisse avoir réitéré, et ce à maintes reprises et sans qu'elle ne perçoive elle-même la contradiction, l'idée que la peine doit avoir un certain degré d'humiliation, d'avilissement, de sévérité (*ibid.*: 341-342). Ces caractères sont non seulement des traits typiques de l'incarcération qui demeure aujourd'hui—au moins sur le plan symbolique—la forme essentielle du châtement (Foucault,

était reconnu comme tel, c'est-à-dire comme un « idéal » et qu'il était permis d'espérer qu'il devienne le « propre d'une pénalité protectrice des droits de l'homme » (2007 : 29). Ce qui pourrait être beaucoup moins évident aujourd'hui.

1975), mais ils servent aussi à évaluer et à juger de la validité et de la pertinence des sanctions alternatives⁶⁶.

Pour ce qui est des fonctions de la peine, van de Kerchove a fait une analyse empirique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁷. Il en repère plusieurs énoncés que nous pouvons rattacher au système d'idées formé par les théories modernes de la peine, dont : la peine comme un «mal infligé à ''titre répressif''», ayant un but «préventif et répressif» et un «*objectif* à la fois dissuasif et punitif»; la peine sert à empêcher «la réitération des agissements»; la peine d'emprisonnement sert à «protéger la société» même s'il ne faut pas oublier «'le but légitime d'une politique de réinsertion sociale'»; le châtement est aussi «'indispensable pour maintenir la confiance du public'» ou encore pour «exprimer la réprobation publique» face à des infractions graves (*ibid.*: 350-353). Or, signale van de Kerchove, l'évolution problématique de la relation entre les droits de la personne et le droit pénal est liée «à l'attitude adoptée à l'égard des caractères et des fonctions [théories] de la peine», plus précisément, au fait qu'elle sous-estime les caractères (affliction, stigmatisation, humiliation) et surestime les fonctions (dissuader, réinsérer, protéger, etc.) (*ibid.*: 357).

⁶⁶ van de Kerchove analyse, dans ce cadre, le cas particulier de la peine de travail, introduite en Belgique en 2002. L'institutionnalisation des sanctions alternatives, c'est-à-dire non seulement leur création, mais leur stabilisation—le fait qu'elles puissent ou non acquérir une autonomie, être reconnues comme sanctions à part entière pour ainsi participer à la récursivité des communications pénales au même titre que l'incarcération—dépend, entre autres choses, de l'appréciation de l'observateur et de sa capacité de reconnaître en elles une forme d'aboutissement valable du processus judiciaire pénal. Or, à partir du moment où l'appréciation de ces sanctions se fait à travers la grille des caractères qui détermineraient la « vraie » peine, les sanctions alternatives qui ne sont pas proprement afflictives, infamantes et stigmatisantes auront tendance à être discréditées, marginalisées, précarisées dans la périphérie ne connaissant qu'une forme d'institutionnalisation « faible » (Dubé, 2008 :88-89). Elles n'accompagnent pas l'émergence d'un « nouvel ordre ». Le changement demeure superficiel. Il n'y a pas de transformations fondamentales dès lors qu'on ne peut reconnaître une institutionnalisation forte de la variété (*ibid.* : 89). A contrario, les peines alternatives dans lesquelles on peut reconnaître les caractères typiques de la « vraie » sanction pénale seront mieux reçues en ce qu'elles seront perçues comme pouvant participer à la redondance systémique et comme pouvant s'inscrire—sans conflit apparent—dans l'idéal de la « cohérence interne» de cet univers juridique. La cohérence interne est un idéal vers lequel s'orienter et non un objectif à atteindre, en ce sens, explique Noreau, « même si cet objectif n'est jamais parfaitement atteint, il faut reconnaître aux légistes et aux juristes la difficile ambition d'assurer cette cohérence du droit » (Noreau, 2004 : 88-89).

⁶⁷ Malgré le fait qu'il considère que nous devons, d'un point de vue théorique, distinguer entre fondements, objectifs et effets de la peine (van de Kerchove, 2007 : 345), il constate que la Cour vise, selon l'enjeu en question, tantôt les objectifs, tantôt la fonction et tantôt l'effet de la peine.

Les droits de la personne, conçus à l'origine comme droits *politiques*, seraient aujourd'hui en train de prendre la forme de droits *individuels*. Cette mutation dans la conception des droits de la personne, explique van de Kerchove, «ne pouvait que retentir sur les rapports que la victime entretient avec le droit pénal» (*ibid.*: 359-360). La victime joue alors un rôle de plus en plus important et «les spécialistes des droits de l'homme considèrent depuis quelques années que la victime est l'alpha et l'omega du droit» (Henzelin, cité par van de Kerchove, 2007 : 360).

Dans un tel contexte, «si les droits de l'homme ont pu [...] contribuer à une profonde humanisation du droit pénal, par la mauvaise conscience qu'ils suscitent depuis près de deux siècles par rapport à son intervention », ils semblent aujourd'hui, et de plus en plus souvent, contribuer au «renforcement du droit pénal, par la bonne conscience qu'ils lui donnent d'assurer la protection de ces droits», ce qui, reconnaît l'auteur «suscite un certain nombre de questions critiques» (van de Kerchove, 2007 : 356).

Sous le titre «Droit pénal et droits de l'homme», Régis de Gouttes (Premier avocat général à la Cour de cassation en France) a lui aussi analysé le paradoxe qui nous occupe. À travers ses écrits, nous nous donnons en quelque sorte accès à un tout autre point de vue que ceux considérés jusqu'à maintenant. Nous nous donnons en effet accès, pour la première fois, au point de vue d'un acteur du système, plus précisément au point de vue d'un acteur du système judiciaire.

Régis de Gouttes reconnaît d'entrée de jeu la grande difficulté qu'impliquent le traitement et l'analyse de ce rapport entre droits de l'homme et droit pénal : «il faudrait beaucoup de temps et de place pour retracer l'histoire de ce couple mouvementé, souvent désuni, parfois réconcilié, mais inévitablement complémentaire» (de Gouttes, 2000 : 133). D'après l'auteur, traditionnellement, les droits de l'homme et le droit pénal ont entretenu (du moins en apparence) une «logique de confrontation», une «opposition dialectique» de contention mutuelle. Mais leurs rapports sont plus complexes. On peut aussi surprendre ces

deux droits dans un rapport de «symbiose» où ils «viennent s'entraider l'un l'autre» (*ibid.*: 133).

Dans la première configuration, plus ancienne, qui correspond à son avis à la conception du droit pénal «libéral», la préoccupation centrale était celle «de protéger les citoyens contre l'arbitraire de l'*ancien régime répressif*» (de Gouttes, 2000 : 134; notre souligné). Plus récemment, encore selon l'auteur, certains phénomènes contemporains laissent entrevoir l'émergence d'une autre logique où la référence aux droits de la personne amène «le public à demander une intervention accrue du droit pénal» et ce, quand bien même cette intervention pourrait signifier une diminution des exigences des droits de la personne. Ces demandes pour une plus grande fermeté pénale concerneraient certaines «situations-problème» venues—pour différentes raisons—plus au centre de nos préoccupations, telles que le crime organisé, le terrorisme, le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme, les groupes politiques extrémistes, etc. (*ibid.*: 135).

Mais l'auteur reconnaît aussi l'impact de ce dont on a déjà parlé plus haut, soit un facteur relatif à «l'action organisée des victimes, qui pour positive qu'elle soit dans son principe, peut aller dans certains cas jusqu'à la résurgence d'un appel au châtement, voire à la vengeance» (de Gouttes, 2002 : 136). À travers ce phénomène, il observe l'émergence d'une conception particulière de la justice et selon laquelle la justice serait un simple «service social» au même titre que l'éducation ou la santé. Cette nouvelle représentation, dit-il, «risque parfois de conduire à un langage répressif, selon lequel on a donné trop de droits aux délinquants, au détriment des victimes et des honnêtes gens respectueux des lois» (*ibid.*: 136). Reprenant à son compte les observations de Stern, de Gouttes affirme conséquemment qu'«un fossé est en train de se creuser entre ceux qui comprennent et ceux qui ne comprennent pas le discours des droits de l'homme» (Stern, cité dans de Gouttes, 2000 : 136). Selon l'auteur, les risques auxquels on s'expose alors sont grands : «le risque d'un recul des droits de l'homme face à la pression de la criminalité et du sentiment d'insécurité, le risque de voir aussi les droits de l'homme se laisser "contaminer" par le droit répressif [les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la dénonciation]», conduisant ainsi à une sorte de «"pénalisation" des droits de l'homme» qui fait contraste avec l'impact

«d'humanisation » qu'ont eu les droits de l'homme sur le droit pénal [au moment de la rupture avec l'ancien régime]» (de Gouttes, 2000 : 144).

Nous n'allons pas adopter cette façon de décrire les choses, mais elle montre bien que l'on perçoit l'existence d'une sémantique des droits de la personne à l'extérieur des frontières du droit criminel et une autre sémantique de ces droits de la personne reçue et constituée par les communications elles-mêmes du droit criminel.

Il vaut la peine de reprendre ici les observations de Cohen sur la relation des droits de la personne avec le droit criminel, dans *Human rights and crimes of the state: the culture of denial* (1993). Les droits de la personne sont décrits par Cohen comme une «dominant narrative», une «secular religion» qui serait venue remplacer les anciens «méta-récits» pour prendre la forme du «normative political language of the future» (1993 : 99). Il remarque alors que la trame discursive des droits de la personne est complexe, contradictoire et ambiguë.

Ce criminologue, même s'il ne fait pas des distinctions très claires par rapport aux différents problèmes qu'il évoque concernant les droits de la personne, semble vouloir attirer l'attention sur deux faits qui seraient en soi paradoxaux et qui réclament une réflexion plus approfondie de la part de la sociologie du droit. Gardons à l'esprit que Cohen ne systématise pas ses observations comme nous allons le faire. Au contraire, il les présente pêle-mêle, mais nous croyons qu'elles gagnent à être présentées séparément et à être développées.

La première observation consiste à montrer que la sémantique des droits de la personne est mobilisée et actualisée autant à partir d'une perspective « conservatrice » ou « de droite » qu'à partir d'une perspective « progressiste » ou « de gauche ». En effet, écrit-il:

“Human rights” has become a slogan raised from most extraordinary different directions. Progressive forces and organizations like Amnesty can enlist famous rock stars to perform in the defense of international human rights. Right wing pressure groups in the USA can unseat politicians and defeat Supreme Court nominations by invoking the human rights of the unborn foetus. Civil liberties groups defend pornography on the

grounds of freedom of speech and the women's movement attack this freedom as an assault of the human rights of women (Cohen, 1993: 99).

Il est alors possible d'inférer de cette observation que, du point de vue sociologique et descriptif, les « défenseurs des droits de la personne » ne se laissent pas décrire empiriquement de façon adéquate par le schéma *gauche/droite* ou *progressiste/conservateur* : il y a des défenseurs des droits de la personne autant à « droite » qu'à « gauche ». La sémantique des droits de la personne est alors une sorte de « lieu de rencontre » de positions diverses qui restent par ailleurs polarisées par rapport à l'utilisation qu'elles font des droits de la personne eux-mêmes : un « lieu de rencontre » où l'on ne se rencontre pas et, par conséquent, paradoxal.

Bien sûr, comme l'a signalé Luhmann (1988a : 241) à propos d'une autre question, un observateur peut tenter de résoudre ce paradoxe en faisant usage de cette vieille technique de la rhétorique latine qui consiste à amplifier un énoncé lorsqu'il ne peut pas être prouvé ou lorsqu'il est très difficile à prouver. Cet observateur dira alors que les « vrais » défenseurs des droits de la personne sont ceux de gauche ou encore que les « vrais » droits de la personne sont ceux indiqués par le point de vue de la gauche. Cependant, le prix à payer ici, c'est une « substantialisation » des droits de la personne et la renonciation de toute description empirique, car l'énoncé devient alors non falsifiable, (ce qui le place plus dans le champ de la théologie que de la sociologie). Bref, la sémantique des « droits de la personne » échappe elle-même – et sans le concours d'aucun autre élément – à une observation utilisant la distinction gauche/droite.

La deuxième observation de Cohen porte sur les positions dont le portrait ou l'autoportrait⁶⁸ est « de gauche » ou « progressiste ». Il signale alors ici que les perspectives dont l'autoportrait ou le portrait (construit par un observateur externe) est « progressiste » font des « demandes » ou des « revendications » qu'il qualifie (parfois implicitement) comme étant « de droite ». C'est dans ce sens qu'il semble constater et déplorer le fait que « a major source

⁶⁸ Nous transposons ici une catégorisation faite par Possas (2009) dans le cadre d'une autre recherche inscrite dans le programme de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale.

of criminalisation [demandes de création de lois criminelles et d'utilisation du système de droit criminel] at national and international levels draws on the rhetoric of human rights⁶⁹» (Cohen, 1993 : 100). Encore selon lui, «significant waves of moral enterprise and criminalisation over the last decade are derived not from the old middle-class morality, the Protestant ethic nor the interests of corporate capitalism, but from the feminist, ecological and human rights movement (*ibid.*). Il constate alors qu'il y a des mouvements progressistes qui, en faisant usage de la sémantique des droits de la personne, demandent un recours au système de droit criminel. Il explique alors, par exemple, que face à des «situations-problème» bien spécifiques, comme celle de la torture⁷⁰, «it is the 'radicals' who call for punishment and retributive justice, while it is the 'conservatives' who invoke ideals such as reconciliation to call for impunity» (*ibid.*). Notons que Cohen *ne distingue pas ici* entre «solliciter l'intervention du droit criminel» et «solliciter des peines sévères ou seulement afflictives dans le droit criminel». Les deux aspects sont présentés ensemble. C'est que les criminologues et les sociologues éprouvent une grande difficulté à imaginer un système de droit criminel avec d'autres structures cognitives et normatives internes (Pires, 2007). Alors, pour Cohen, c'est presque inimaginable une position « progressiste » dans le droit criminel.

En ce qui nous concerne, nous allons, d'une part, abandonner la distinction droite/gauche pour observer ce qui se passe et, d'autre part, nous allons distinguer entre l'actualisation ou la non actualisation de ce système d'idées formé par les théories modernes de la peine que Pires a nommé « rationalité pénale moderne ». Pires (2001a; 2004b) a lui-même décrit ce système comme étant « pré-politique » ou « trans-politique », voulant dire par là que ce système

⁶⁹ Pas plus tard qu'en 2007, ce constat est réitéré par Parmentien et Weitekamp: «Given the impressive development of the human rights framework and its far-reaching impact on issues of crime and criminal justice, it may be called surprising – if not incomprehensible – that criminology as a discipline has paid very little attention to human rights» (2007: 5).

⁷⁰ La recherche de Possas (2009), déjà mentionnée, approfondit justement l'analyse de ce problème à partir d'une étude de cas portant sur la création d'une loi contre la torture au Brésil. On observe alors empiriquement une inversion complète de positions : la « droite politique » devient « garantiste » (défense de normes classiques de procédure) et soutient des peines *moins* sévères (mais encore axées sur l'exclusion sociale); la « gauche politique » devient moins garantiste (relâchement des garanties procédurales) et plus punitive. Les sanctions les plus lourdes viennent des comités et ONGs « progressistes » consacrées aux droits de la personne.

d'idées peut être reproduit et reconduit autant par les « conservateurs » que par les « progressistes ».

On peut voir alors qu'il existe *deux* problèmes qui se croisent et se confondent. Le premier est que la sémantique des droits de la personne est mobilisée autant par la droite que par la gauche (Cohen, 1993) ; le deuxième est que le *système d'idées sur les peines* appelé «rationalité pénale moderne» est *aussi* mobilisé et reproduit par la droite et par la gauche. Alors, il faut inférer de cela que la distinction gauche/droite, par rapport à notre thème, produit une *double illusion* dont la « gauche » semble être la principale victime: l'illusion que les droits de la personne *sont nécessairement défendus* par une position progressiste et l'illusion que les *progressistes* n'actualisent pas des systèmes d'idées soutenant l'exclusion sociale des individus et pouvant être décrits comme ayant des effets contraires à l'innovation en droit criminel.

Les différentes possibilités d'articulation entre ces deux problèmes donnent lieu à quatre scénarios logiques qui se retrouvent aussi dans les observations empiriques. La figure ci-dessous systématise ces scénarios :

Tableau 1.1

Les scénarios générés par le croisement entre la sémantique des droits de la personne et la rationalité pénale moderne face à la distinction «gauche/droite»

	Défense des droits de la personne par la DROITE	Défense des droits de la personne par la GAUCHE
Actualisant la rationalité pénale moderne (RPM)	Droite-RPM	Gauche-RPM
Actualisant des idées innovatrices en droit criminel	Droite-Innovation	Gauche-Innovation

Bien sûr, l'analyse faite par Cohen ne nous permet pas d'observer ce que nous venons de décrire, car il n'a pas mobilisé les distinctions que nous avons sélectionnées pour traiter notre objet. Mais le croisement des deux perspectives contribuent à la construction d'une nouvelle description, justement celle que nous venons de proposer, découlant de l'articulation entre les

observations de Cohen et celles de la théorie sur la rationalité pénale moderne proposée par Pires.

Avant d'exposer notre approche, nous mentionnerons Schabas (2002) qui, dans une analyse du droit pénal international, observe lui aussi un rapport problématique et incohérent avec les droits de l'homme (2002 : 167). Il fait remarquer qu'historiquement, les droits de l'homme ont plutôt eu tendance à se méfier du droit pénal considéré comme l'instrument par excellence de la répression étatique. Ils avaient clairement pour but celui de protéger l'individu, titulaire des droits, contre les élans punitifs et les contraintes abusives du système de justice pénale (2002 : 165). Or, aujourd'hui, dit-il, «cette méfiance traditionnelle» semble se transformer :

Depuis près d'une décennie, les droits de l'Homme sont devenus « pénalistes ». La protection des droits de l'Homme passe en effet désormais par la lutte contre l'impunité, la condamnation des amnisties abusives et la création de nouvelles institutions répressives comme les tribunaux *ad hoc* et la Cour pénale internationale (Schabas, 2002 : 165-166).

Schabas y voit un rapport inquiétant se développer entre ces deux systèmes pourtant, selon lui, difficilement conciliables : le système des droits de l'homme et le système de droit pénal. Il montre qu'en voulant faciliter les condamnations (au nom de la défense des droits de la personne), «le nouveau droit pénal international» affaiblit les garanties procédurales et les garanties «de fond». L'affaiblissement de la protection individuelle est observable chaque fois que le principe fondamental de la présomption d'innocence est remis en question au profit d'un «utilitarisme» à l'origine de «l'acharnement pour la répression des violations graves des droits fondamentaux» (2002 : 176) ; il l'est par ailleurs chaque fois que le droit pénal considère de plus en plus les moyens de défense comme un «obstacle à la lutte contre l'impunité [ou comme] de simples outils de tortionnaires pour éviter la répression pénale» (*ibid.*: 175) ; il l'est encore chaque fois qu'il affaiblit les droits de la défense en invoquant des menaces plus abstraites qu'imminentes en relation avec—par exemple—la protection de la «sécurité nationale» (*ibid.*: 173). Ici, les «droits de la personne» qui se trouvent à l'*extérieur* du droit criminel semblent lutter contre les «droits de la personne» qui se trouvent à l'*intérieur* du droit criminel, surtout dans le champ des normes de *procédure*.

Plus pertinents pour notre recherche, même si l'analyse se poursuit toujours au niveau international, sont les constats que fait Schabas par rapport aux idées (théories) concernant les peines. Selon l'auteur, en cette matière, la tradition du droit pénal international des droits de l'homme était celle de favoriser auparavant «un régime libéral» (2002 : 177). Cette «philosophie progressiste de la politique pénale» mettait davantage l'accent sur la réhabilitation du détenu et prenait plus au sérieux l'idéal du «reclassement social». Or, nous dit Schabas, «nous avons perdu de vue l'importance de la réhabilitation comme finalité *principale de la détention*» (notre souligné), les tribunaux ayant comme «dénominateur commun de leurs jugements sur la sanction» un but qui «se résume en deux mots : 'rétribution' et 'dissuasion'» (*ibid.*: 178-179). Dans l'ordre judiciaire, ces deux mots seraient, toujours selon Schabas, devenus essentiels pour exprimer toute l'indignation que suscite le crime dans la communauté ou pour la conscience collective internationale.

On voit que Schabas lui-même continue à actualiser le système d'idées des théories de la peine de la première modernité, car il associe encore étroitement la «réhabilitation» avec l'incarcération. Ce que Schabas décrit ici, c'est alors un déplacement qui se produit à *l'intérieur même* du système d'idées constitué par les théories de la peine : on cesse de privilégier la réhabilitation, qui est la seule théorie moderne qui thématise l'inclusion sociale (Pires, 2006b; 2008a), pour favoriser les théories qui sont exclusivement axées sur l'exclusion sociale.

Ce n'est pas tant que la sémantique des droits de la personne a reculé ou disparu; on peut plutôt faire l'hypothèse qu'elle a simplement sélectionné des théories de la peine qui sont davantage centrées sur l'exclusion sociale. Dès lors, la sémantique des droits de la personne commence désormais, elle aussi, à «justifier la peine [théorie] rétributive au nom de la protection des droits de l'Homme» (Schabas, 2002 : 179). Un tel changement entraînera évidemment comme conséquence, remarque pertinemment Schabas, l'imposition de peines plus lourdes et des sentences «allant maintenant jusqu'à 40, 45 et même 46 ans» (*ibid.*: 179). Le paradoxe apparaît donc «lorsque le système des droits de l'Homme commence à insister sur la répression pénale comme moyen de mise en œuvre de la protection de la *personne* humaine c'est-à-dire, la *victime* des violations» (*ibid.*: 180). Encore une fois, on voit la

réduction de l'universalisme : la *personne* humaine est identifiée à la *victime*. Ces changements, récemment opérés, ne peuvent faire autrement que de montrer la contradiction, voire l'incohérence par rapport aux «objectifs premiers de la protection des droits de l'Homme» où il était plus spécifiquement question de protéger la dignité humaine de toutes les personnes, incluant celle du délinquant (*ibid.* : 181).

Ce qu'il y a de plus particulièrement intéressant pour notre problématique dans les analyses de Schabas, c'est l'articulation de ce lien entre le système des droits de la personne et les théories de la peine. Nous explorerons davantage cette mise en forme du problème dans le chapitre théorique ainsi que dans l'analyse. Il sera alors question de mettre en relation la sémantique des droits de la personne et ce système d'idées dominant du droit criminel portant sur les peines : la rationalité pénale moderne.

Ces observations nous ramènent alors au dilemme tout à fait fondamental que Pires avait articulé dans un texte de 1995 intitulé «Quelques obstacles à une mutation du droit pénal» :

Veut-on s'appuyer sur les droits de la personne pour humaniser et perfectionner le droit (pénal) et mettre en place des formes plus souples et moins répressives de résolution des conflits ou, au contraire, croit-on qu'il faut devenir de plus en plus répressif pour réagir contre les atteintes aux droits de la personne ? (Pires, 1995a : 136).

1.4 L'hypothèse du rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel moderne : approche adoptée

À ce stade-ci du développement de la problématique, nous avons pu établir que la littérature observe un développement des tendances punitives et un rapport entre ces tendances et la sémantique des droits de la personne. On remarquera aussi que la grande majorité des recherches qui se sont penchées sur ce problème ont centré l'analyse sur l'environnement du système de droit criminel, sur la pression qu'exercent les victimes, les nouveaux mouvements sociaux sans théorie, l'opinion publique, ou, plus globalement encore, la fin de l'État providence, les nouvelles menaces mondialisées (terrorisme), l'avènement de la société du risque, etc.

Dans une perspective plus endogène qu'exogène, on a aussi évoqué l'influence exercée par le flou des droits de la personne, mais dans ce qu'on a pu voir jusqu'ici, cette avenue endogène n'a pas pris en compte ce qui nous paraît jouer un rôle important, voire déterminant dans la mise en forme paradoxale des droits de la personne en matière de droit criminel: nous faisons ici référence à ce qui relève des structures cognitives du droit criminel moderne, les théories de la peine, qui agissent et contrôlent la mise en forme des «irritants» externes qui touchent à la question de la pénalité.

De la même manière qu'aucun « irritant » ne peut irriter la peau sans que des structures épidermiques ne déterminent les manifestations de l'irritation, nous considérerons, par analogie, qu'aucun irritant environnemental ne peut irriter de quelconque façon la structure interne du droit criminel moderne sans la participation active du système lui-même. Cette approche est par ailleurs conforme aux enseignements de la théorie des systèmes de Niklas Luhmann qui nous invite à prendre au sérieux l'hypothèse de l'autonomie et de l'*autopoïèsis* des systèmes sociaux fonctionnellement différenciés. Dans ce cadre, on pourra considérer avec Luhmann que «to the extent that systems are released to functional autonomy through differentiation, they are also the *causes* (at least partial causes) of their own problems» (Luhmann, 1990a: 126). Ainsi, dans une perspective de complémentarité—et non de substitution—par rapport aux analyses que nous avons considérées ici, nous allons nous-mêmes pouvoir prendre au sérieux l'autonomie du droit criminel moderne et tenter de problématiser ce qui de l'intérieur participe de cette mise en forme paradoxale des droits de la personne en matière de droit criminel.

Pour ce faire, nous mettrons à profit les analyses de Pires sur le «système d'idées» dominant du droit criminel moderne, lequel concentre toute une série de structures cognitives particulièrement « interventionnistes » dans la réception des irritants externes, notamment dans la réception des droits de la personne en matière de justice pénale.

Ce «système d'idées» du système de droit criminel auquel nous nous référons, est constitué par un ensemble d'idées et de théories philosophiques sur les peines présentes dans l'historicité du système depuis sa formation aux XVIII^e et XIX^e siècles et qui continuent

aujourd'hui d'être mobilisées de façon récurrente dans diverses opérations de reproduction systémique. L'hypothèse veut que ce système de pensée soit actif tant sur le plan des opérations de reproduction «du même par le même» qu'en ce qui concerne celles qui mènent à l'innovation⁷¹.

Les analyses de Pires permettent d'amener à la conscience de l'observateur une «tache aveugle» dont l'invisibilité relève d'un «excès de visibilité» (Bourdieu, cité dans Pires, 2007 : 10). Il s'agit d'amener à la conscience de l'observateur le fait que «notre manière de concevoir l'intervention juridique, particulièrement en matière pénale, est excessivement répressive, obsolète, ancrée sur des présupposés philosophiques, sociologiques et psychologiques qui réclament une révision de fond» (Pires, 1995a : 134). Pour Pires, ces structures cognitives informent encore aujourd'hui nos méthodes et nos pratiques dans le cadre du droit criminel moderne (*ibid.* : 137). Les «méthodes, les principes et les concepts du XVIII^e et du XIX^e siècles» qui ont été critiqués et régulièrement remis en question notamment dans le cadre de plusieurs projets de réforme seraient aujourd'hui «redevvenus convenables pour notre société démocratique actuelle⁷²» (*ibid.* : 138).

En ce sens, la «révision de fond» dont il est ici question inclurait la révision de ces présupposés philosophiques qui gouvernent notre manière de penser la sanction pénale depuis les XVIII^e et XIX^e siècles. Mais Pires remarque ici un problème d'apprentissage systémique qui rend l'émergence de l'innovation cognitive difficilement concevable en matière de justice pénale.

Un système peut apprendre dans la mesure où il peut s'ouvrir cognitivement sur les possibilités de son environnement, intégrer ou non les irritants—s'il les intègre, il peut les intégrer tels quels ou complètement transformés—dans sa propre circularité communicationnelle. Nobles et Schiff expliquent:

⁷¹ Dans le chapitre théorique qui suivra, nous reviendrons plus en détails sur le concept de système de pensée en décortiquant ses traits caractéristiques à travers la notion de la «rationalité pénale moderne» (Pires, 1995; 1998a; 2001a; etc.).

⁷² Ce qui nous permettra de suggérer plus loin que les usages contemporains paradoxaux et problématiques des droits de la personne sont reliés aux «problèmes que le droit pénal pose – dès sa naissance aux XVIII^e et XIX^e siècles – aux sociétés démocratiques» (Pires, 2001a).

The openness can be described as cognitive because the system can learn. This means that it may respond to its environment by making communications that alter the possibilities of what will, in the future, constitute a communication within the system (Nobles et Schiff, 2004: 8).

Nous restons en effet foncièrement attachés à toute une série d'idées, de concepts et de théories sans réflexivité critique. Bien que nous puissions reconnaître que cet univers de cognition pénale s'est créé dans un contexte historique radicalement différent du nôtre, la reproduction quasi inconditionnelle des théories traditionnelles *du droit criminel* (formulées en termes d'affliction et d'exclusion sociale) rend difficile le processus d'apprentissage orienté vers d'autres valeurs, idées ou théories. Bien que les valeurs fondamentales que soutient la sémantique des droits de la personne puissent parallèlement nous tenir tout aussi à coeur (formulées en termes de dignité, vie, liberté, etc.), notre attachement normatif aux théories de la peine du droit criminel moderne, particulièrement celles centrées exclusivement sur les peines afflictives (rétribution, dissuasion, dénonciation) semble faire obstacle à l'apprentissage et à l'émergence d'un nouvel ordre de cognition qui serait inspiré des valeurs des droits de la personne.

Le défi est donc celui de favoriser «une révision critique et en profondeur du droit pénal de manière à relancer le processus d'humanisation de ses modes juridiques de résolution de conflits lequel, de fait, sur des points essentiels, semble bloqué depuis la fin du XIX^e siècle» (Pires, 1995a : 134). Cette démarche de révision critique impliquerait d'abord et avant tout l'identification de ces «obstacles cognitifs» ou culturels qui bloquent l'avènement de la transformation fondamentale. Il nous faudra donc tenter de mieux comprendre comment nous en sommes arrivés à penser le droit criminel de la façon dont nous le pensons et de mieux comprendre aussi, du coup, ce qui nous empêche de le penser autrement.

Ainsi, les obstacles cognitifs sont des obstacles qui empêchent le système d'apprendre et d'utiliser des ressources cognitives nouvelles (ou anciennes) d'une façon qui permette de changer les combinaisons et les trajectoires des communications sur un certain thème. Ces obstacles sont des obstacles qui émergent des idées mêmes, de la connaissance produite par le système. Certaines idées empêchent le système de se concevoir de façon différente et

d'évoluer, elles limitent l'espace des possibles, façonnent et encadrent la pensée au sens où elles établissent et renforcent des «routines cognitives»⁷³ redondantes. Pires les mentionne aussi comme «'obstacles' au changement» en voulant par là indiquer, en ce qui concerne les peines du droit criminel :

[...] des manières d'organiser certains principes ou des manières de penser propres à la culture juridique des XVIII^e et XIX^e siècles que certaines personnes perçoivent encore aujourd'hui comme signes d'un progrès indéniable alors qu'en fait on peut y voir une sorte de recul ou de blocage déplorable à un véritable processus d'humanisation et d'actualisation du droit. (...) ...ils [ces acquis] 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.

.....
 La notion d'"obstacle" (...) ne renvoie pas alors à des difficultés politiques ou sociales externes – par exemple, le manque de volonté politique des gouvernements, etc., mais à des systèmes de pensée qui ont pour effet de reconduire ce qui pose problème dans le modèle de justice conçu à l'époque moderne. (1995a : 135-136).

Dans cette perspective, parmi les obstacles qui doivent être problématisés, Pires inclut ceux créés en relation avec les droits de la personne ou, pour être plus précise, ceux qui découlent de la façon dont le système de droit criminel s'est approprié la sémantique des droits de la personne pour les incorporer dans son propre «système de pensée». Il s'agit d'identifier, sur le plan de la cognition et à l'intérieur des frontières communicationnelles du droit criminel moderne, les fondements du paradoxe, de voir ce qui dans le système de pensée du droit criminel permet de «mobiliser les droits de la personne pour demander l'affaiblissement des droits de la personne⁷⁴» (Pires, 2004b : 55, notre traduction).

⁷³ Le terme est de Seidl mais nous allons l'utiliser assez librement dans cette recherche. Pour Seidl, les routines cognitives sont «particular types of *decision premisses*. They refer to the way in which the environment is conceptualised by the organization» (Seidl, 2005a: 405). Nous allons utiliser cette expression pour indiquer certaines tendances communicationnelles du système qui peuvent être décrites comme récursives et redondantes. Nous élaborerons ce concept davantage, en l'adaptant à notre recherche, dans le chapitre IV (à la section 4.2).

⁷⁴ Notons ici que l'analyse de Pires nous recentre sur les mécanismes de production de sens intrasystémique : les pressions environnementales existent, les irritants extra-juridiques sont présents, mais le point de focalisation demeure le système, ses structures (normatives et cognitives) et tout ce qui de l'intérieur module la relation avec l'extérieur. Nous y reviendrons.

L'identification des obstacles qui agissent « from within » pourrait favoriser leur dépassement et éventuellement la prise en compte de ce que Pires appelle le «paradigme de l'éthique compréhensive» dans le cadre même de la réflexion critique d'un projet de réforme. Ce paradigme impliquerait « un renouveau de la problématique des droits de la personne et [...] un réexamen de ses rapports avec le droit criminel» (1991a : 71). Dans ce paradigme qui s'inspire ainsi de l'« autrement », les droits de la personne pourraient alors être mobilisés en tant que «valeurs» qui questionnent le droit criminel plutôt que comme «valeurs» de légitimation qui renouvellent le système dans la forme « du pareil au même». Comme l'explique Pires :

Ce paradigme opère [...] un renversement dans la logique de la recherche et dans les orientations de la réforme : il ne s'agit plus de demander « comment utiliser le droit criminel pour renforcer les droits de la personne » mais plutôt « comment les droits de la personne peuvent être un outil pour repenser le droit criminel et ses rapports avec les autres systèmes de droit (Pires, 1991a : 71).

Parmi les obstacles identifiés par Pires, parmi les structures cognitives qui agissent dans le cadre du système de pensée dominant, l'auteur cible plus particulièrement l'influence exercée par les théories modernes de la peine⁷⁵ (dissuasion, rétribution, réhabilitation et dénonciation). Une meilleure compréhension du paradoxe qui détermine la ligne directrice de notre recherche devra donc privilégier une approche qui puisse prendre les théories de la peine «très au sérieux, c'est-à-dire, comme des obstacles cognitifs importants aux droits de la personne» (Pires et Garcia, 2007 : 333).

La résistance au changement ainsi que l'orientation de l'évolution du système social en cause sont expliquées davantage à la lumière de l'historicité de ce système, de ses idées et de l'auto-représentation identitaire qu'il est venu à construire de façon contingente (en actualisant une configuration parmi d'autres configurations possibles). À notre avis, accorder une place centrale au «système de pensée» du système de droit criminel⁷⁶ contribue à une

⁷⁵ Nous reviendrons sur la caractérisation de ces théories dans le chapitre suivant (II).

⁷⁶ Notre analyse privilégiera le point de vue de vue du *système* et non le point de vue de l'acteur. Cette approche sera davantage approfondie dans le chapitre III (Méthodologie) ou nous aborderons les implications méthodologiques et épistémologiques qui en découlent pour la conception de la recherche.

meilleure description et compréhension de l'énigme de la réforme du droit pénal moderne ainsi que des impasses auxquelles il est confronté depuis le XVIII^e siècle. C'est pourquoi nous avons fait le choix d'analyser plus spécifiquement le rapport entre les droits de la personne et les théories de la peine comme stratégie de dévoilement des conditions d'émergence du paradoxe que nous voulons décrire.

L'hypothèse pointe vers le constat que certaines configurations des droits de la personne dans les structures du droit criminel semblent avoir été inhibées dans leur potentiel transformateur et subversif face à l'envahissant pouvoir de punir. Il faut donc comprendre ce qui, à l'intérieur du système, est en train de bloquer le potentiel qu'ont les droits de la personne de questionner la «rationalité pénale moderne» et, de façon collatérale, indiquer les conditions favorables à ce qu'ils deviennent une ressource normative et cognitive susceptible de relancer la réforme des idées ou à tout le moins contribuer à une «réforme de la réforme» du droit criminel contemporain. Nous serions alors en mesure d'indiquer, comme Dubé, quelques-unes des «conditions sociologiques de formation des "systèmes de pensée" alternatifs», un objet peu traité par la sociologie encore aujourd'hui (Dubé, 2008 : 5).

Pour être en mesure de réaliser cet objectif, nous devons au préalable répondre aux questions générales suivantes: Quels types de rapports peuvent être établis entre les droits de la personne et le droit criminel? Comment la sémantique des droits de la personne a-t-elle été reçue par le système de justice criminelle? Est-ce que la façon par laquelle le système pénal a reçu les droits de la personne peut nous renseigner sur les obstacles à l'innovation en droit criminel et sur l'impact «erratique» des droits de la personne sur les peines et le choix des sanctions? Nous devons donc être en mesure d'établir et de décrire la signification des formes plurielles que peuvent prendre les droits de la personne dans le système de droit criminel. Quels matériaux allons-nous interroger et utiliser pour répondre à ces questions? Il nous faut bien établir une question spécifique de recherche qui nous permette de répondre à ces questionnements plus généraux.

Nous partirons donc de l'hypothèse⁷⁷ que les théories modernes de la peine ont eu une influence considérable et continuent de jouer un rôle prédominant dans la réception et la mise en forme des droits de la personne à l'intérieur du système de droit criminel moderne. Dans la partie analytique de notre recherche, nous allons tenter de montrer, sur la base de notre empirie, que les théories de la peine forment non pas une simple culture organisationnelle, mais un véritable système d'idées à l'intérieur duquel les éléments constitutifs, bien que différents les uns des autres, se renforcent néanmoins mutuellement pour assurer une cohésion interne et une reproduction redondante et prévisible de l'ordre pénal établi. La mise en relief de cet aspect proprement systémique des éléments qui forment ce système de pensée auquel nous référerons par l'expression de «rationalité pénale moderne», nous permettra de tester empiriquement l'hypothèse voulant que ce soit sous l'influence de cette rationalité que les droits de la personne ont pu participer et même alimenter, de façon paradoxale, une reproduction juridico-pénale avide d'affliction et d'exclusion sociale. Nous espérons ainsi pouvoir distinguer ce qu'il y a de nouveau de ce qu'il y d'ancien dans l'apparence de nouveauté. Avec notre empirie comme support à l'analyse, nous pourrons réévaluer l'idée que la réception paradoxale des droits de la personne dans le droit criminel moderne dépende strictement de l'environnement et de facteurs exogènes.

1.5 Question spécifique de recherche : le point de vue des acteurs judiciaires

Le point de vue des acteurs judiciaires sur la sémantique des droits de la personne nous est apparu comme un terrain idéal pour mener notre enquête et ce, pour deux raisons principales. La première est reliée au fait qu'il est reconnu dans la littérature que malgré un intérêt naissant de la sociologie pour les droits de la personne, «there has been relatively little attention paid by sociologists to the institutions, especially courts, for example, that will recognise [sic] and enforce those rights designated as human rights» (Anleu, 1999: 198).

⁷⁷ Cette hypothèse vient s'appuyer sur les observations qui ont été faites dans le cadre d'un certain nombre de recherches antérieures sur le Code criminel canadien. Ces recherches nous ont en effet permis de voir concrètement, dans l'empirie, comment des aspects « culturels » et « savants » qui caractérisent l'univers cognitif interne du système contribuent de façon déterminante au problème d'apprentissage et d'évolution du droit criminel moderne. Voir notamment Pires (1998a); Cellard et Pelletier (1998; 1999); Pires, Cellard et Pelletier (2001); Garcia (2002); etc.

Notre recherche peut ainsi combler en partie cet espace laissé vide par le questionnement sociologique.

La deuxième raison est reliée au fait que la judiciarisation des droits de la personne aurait ouvert la possibilité pour les acteurs judiciaires de questionner la justesse des politiques criminelles et du choix des peines à la lumière des droits de la personne. La judiciarisation des droits de la personne a redéfini le rôle et le pouvoir des tribunaux en leur accordant la possibilité d'évaluer directement les lois du législateur et les sentences prononcées par les juges d'instances inférieures. Il s'agit donc d'un terrain idéal pour voir comment les acteurs judiciaires mobilisent la sémantique des droits de la personne pour prendre position à savoir si oui ou non ils actualisent le potentiel critique et évaluatif que ces droits peuvent avoir face aux peines du droit criminel et si les théories de la peine interviennent dans leurs actualisations ou leurs non actualisations.

Nos questions spécifiques de recherche se présentent alors dans les termes suivants : Quels sont les sens qu'attachent les juges et les procureurs au monde conceptuel des droits de la personne? Quelles sont les catégories significatives au moyen desquelles la reproduction de la communication des droits de la personne se réalise? Quelle est la place qu'occupent les droits de la personne dans les communications sur les peines et le choix des sanctions? Et comment les théories de la peine interviennent-elles ou non dans ce processus de réception et de mise en forme des droits de la personne en matière de droit criminel?

En traitant de ces questions, nous devrions être en mesure de décrire l'ensemble des formes exploitables et utilisables par les acteurs en ce qui concerne les droits de la personne. Nous avons fait le pari qu'en allant voir quels sont les thèmes mobilisables et mobilisés quand les acteurs judiciaires se réfèrent à la sémantique des droits de la personne, nous pourrions décrire de façon plus satisfaisante et mieux comprendre une part importante de la complexité qui définit le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel moderne. Le discours des acteurs judiciaires devrait nous permettre, entre autres choses, de mieux saisir ce paradoxe et de voir concrètement et empiriquement quels sont les obstacles qui viennent faire opposition à la possibilité que les droits de la personne provoquent un

impact critique, humanisant et innovateur sur le plan des sanctions et des principes de détermination de la peine. Nous serions ainsi en mesure de tester, sur un terrain jusqu'ici peu mobilisé, les hypothèses de travail qui sont ressorties de la construction progressive de notre problématique de recherche.

L'hypothèse directrice de cette recherche accordera donc une place de choix au rôle des théories de la peine comme «obstacles à l'évolution des idées en droit criminel». Nous reconnaissons avec Pires—de façon hypothétique pour le moment—la validité et la pertinence d'une observation théorique voulant qu' :

[...] à l'aube de la première modernité (deuxième moitié du XVIII^e siècle), deux systèmes d'idées en opposition sémantique virtuelle – les droits de la personne (valorisant l'inclusion et le bien-être de *tout le monde*) et les théories de la peine (qui valorisent l'exclusion sociale ou qui sont indifférentes à l'inclusion sociale de *quelques individus*) – s'aménagent des espaces sémantiques exclusifs et construisent, par contingence, une manière à la fois d'entrer en conflit et de collaborer l'un avec l'autre en vertu de laquelle ils ne s'affrontent pas directement sur le plan des idées, mais seulement autour d'enjeux concrets (Pires et Garcia, 2007 : 297).

Nous avons décliné cette hypothèse directrice en plusieurs sous-hypothèses de travail lesquelles structureront notre démarche et nous accompagneront tout au long de la présente réflexion. Nous avons considéré entre autres (i) que les droits de la personne entretiennent un rapport paradoxal, ambigu et contradictoire avec le droit criminel; (ii) que dépendamment des structures ou champs d'accueil, de l'enjeu spécifique en question ou du thème de référence, les droits de la personne auront un effet émancipateur et critique face au droit de punir ou alors un effet «conservateur» pouvant contribuer à un renforcement idéologique et pratique des obligations d'affliction et/ou d'exclusion sociale; (iii) que les théories de la peine de la première modernité (rétribution, dissuasion, réhabilitation dans le pénitencier et dénonciation), participant à la formation d'un système de pensée fermé, contribuent à la «stasis» du système de droit criminel en ce qui concerne le renouvellement des normes de sanctions, à la stabilité immuable des idées malgré des stimulations qui pourraient amener à la variation (Teubner, 1989b : 84) et à l'apprentissage systémique; (iv) que les théories de la peine peuvent empiriquement—et non seulement théoriquement—se présenter comme des

«obstacles cognitifs» qui empêchent le droit criminel de renouveler ses idées par rapport à la punition et la validité des sanctions.

La construction progressive de la problématique et l'intégration des observations empiriques et théoriques élaborées pour la cerner nous ont amenée à repérer au moins trois configurations en ce qui concerne les rapports virtuels ou réels entre les droits de la personne et le droit criminel. La figure qui suit permet de visualiser ces trois configurations.

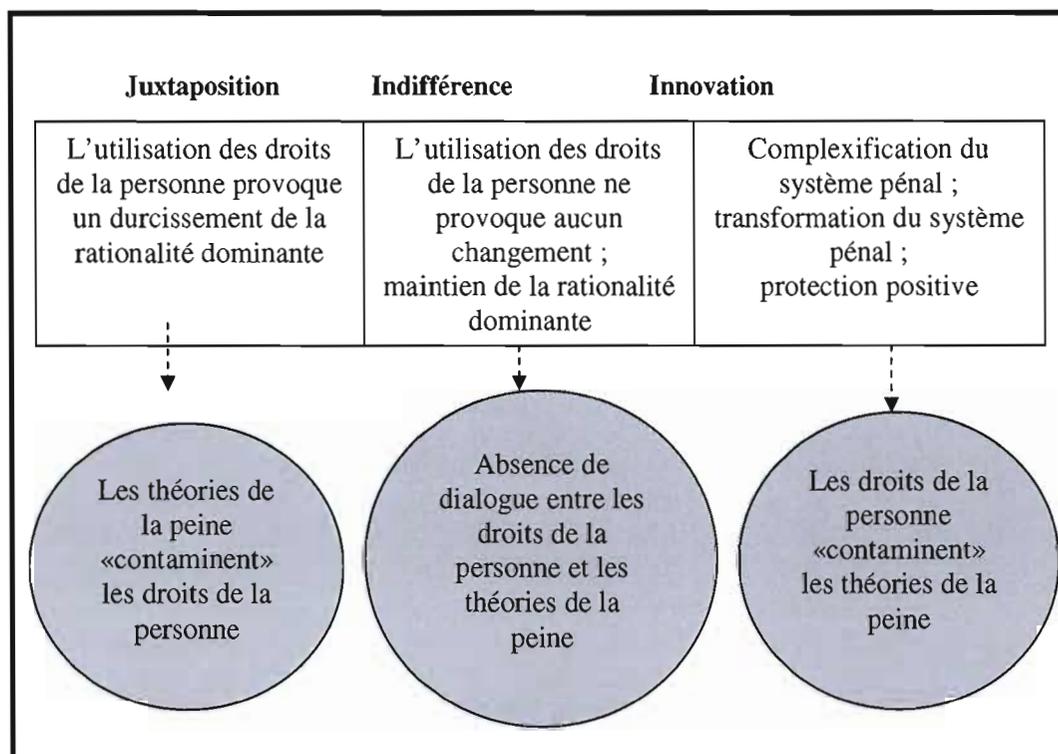


Figure 1.1 Types de relations (actuelles ou virtuelles) entre les droits de la personne et les théories de peine

Dans la première case, nous conceptualisons un rapport de juxtaposition : les droits de la personne ont le potentiel de devenir «raison punitive» une fois qu'ils sont mobilisés en lien avec les concepts et les idées typiques du droit de punir en matière de droit criminel.

Peuvent correspondre à ce contexte les situations que nous avons analysées où des mouvements sociaux, des groupes de défense des droits des victimes ou encore une certaine «opinion publique» adressent des demandes au système pénal en ce qui concerne le choix des peines.

Dans ces usages, amplement décrits dans la littérature, nous pouvons dire que les idées (répressives) des théories de la peine «contaminent» les droits de la personne et neutralisent leur vocation protectrice et garantiste. Par l'effet de cette juxtaposition, les droits de la personne, corollaires de la nécessité de limiter le droit de punir, deviennent vite quelque chose de radicalement différent : un argument de plus pour limiter les protections procédurales (normes de procédure), un argument de plus pour justifier la création de nouvelles infractions (normes de comportement), mais également et surtout, dans le cadre de cette problématique, un argument de plus pour justifier l'obligation de punir, les afflictions accrues et les exclusions sociales prolongées.

Au centre du schéma, nous conceptualisons un «rapport d'indifférence»: le potentiel émancipateur des droits de la personne est inhibé par le discours dominant des théories de la peine. Le débat sur la peine de mort que nous avons exposé n'a pas été le débat auquel on aurait pu s'attendre. Nous avons vu que le discours faible, voire inexistant, sur les droits de la personne a été compensé par un envahissement du discours très puissant autour des théories de la peine, surtout de la théorie de la dissuasion. Dans le discours des décideurs politiques, les théories de la peine ont en effet joué un rôle plus important que les droits de la personne et ce, tant pour les partisans de l'abolition que pour des partisans de la rétention de la peine capitale. Les droits de la personne ont tout simplement été évacués, neutralisés, inhibés dans leur versant critique. Toute la place, sur le plan du discours, est occupée par les idées des théories de la peine.

Plus à droite dans le schéma, nous avons finalement conceptualisé la possibilité—encore virtuelle—d'un «rapport d'interférence» où les droits de la personne pourraient récupérer leur vocation de limite et de critique à l'égard du droit de punir. Ils serviraient, par exemple, à critiquer les peines minimales, supporteraient le principe de la modération des peines,

exerceraient des contraintes pour que les acteurs judiciaires accordent l'importance aux sanctions alternatives, récupérerait le principe presque oublié du dernier ressort en ce qui concerne l'intervention pénale, etc.

Dans ce dernier cas de figure, les droits de la personne sont théoriquement conçus comme pouvant jouer le rôle d'«attracteur de changement» (Morgan, 1999), se présenter comme une ressource cognitive pour le renouvellement des idées qui entourent les fondements du droit de punir, les principes de détermination de la peine et les critères d'évaluation de la sanction «valable» en matière de droit criminel. Ils peuvent alors devenir source d'apprentissage et de construction de nouvelles «routines cognitives» susceptibles d'orienter autrement les communications sur les peines et d'offrir une pensée alternative capable de concurrencer les théories de la peine. En ce sens, nous rejoignons Campbell et reconnaissons que le «human rights discourse can (...) serve both as a potent source for radical critiques of actual social arrangements and also as a powerful basis for working out and presenting alternative institutional practices» (1986: 1).

Dans le chapitre suivant, nous nous proposons d'investir théoriquement le concept de droits de la personne, celui de «théorie de la peine» et enfin, nous présenterons certains aspects de la théorie portant sur ce système d'idées appelé «rationalité pénale moderne». Ces trois démarches sont centrales dans notre recherche.

CHAPITRE II

CONTEXTE THÉORIQUE

Introduction

La problématique ayant été établie, nous pouvons maintenant approfondir notre perspective théorique en présentant deux concepts centraux pour notre recherche, celui de «droits de la personne», et une théorie portant sur un système d'idées appelé «rationalité pénale moderne», qui a été construite peu à peu par A. Pires à partir des années 1990. Avant de présenter cette théorie et étant donné qu'elle porte sur les théories de la peine de la première modernité, nous allons investir le concept de «théorie de la peine» car il est essentiel pour notre propos. Inspirée de la littérature et de nos données, la première section sera consacrée à la proposition d'une façon d'observer le concept de «droits de la personne», celle qui a été utilisée dans le cadre spécifique de cette recherche (section 2.1). Ensuite, nous présenterons la façon dont nous avons saisi le concept de «théorie de la peine (section 2.2) et enfin, nous terminerons par la présentation de la «théorie de la rationalité pénale moderne» (section 2.3).

Par rapport au concept de «droits de la personne» et à celui de «théories de la peine», il va sans dire que l'un et l'autre sont fort complexes, qu'ils ont une historicité très ancienne, ainsi qu'un développement spécifique au sein de diverses disciplines (droit et philosophie en tête). Il nous sera donc impossible de rendre compte de toute la complexité qui les entoure respectivement. Nous allons plus humblement nous attarder aux aspects conceptuels qui s'avèrent plus pertinents et plus utiles dans le contexte de notre propos.

2.1 Le concept de «droits de la personne»

Autant pour le juriste que pour le non juriste, les droits de la personne ont toujours semblé problématiques, par leur fluidité, leur indétermination, leur caractère ouvert, leur difficile institutionnalisation, l'ambiguïté à l'égard de leur statut (Simon, 1985; Ndayizigiye, 1997). On peut, dépendamment du point de vue à partir duquel on les observe, se les représenter comme un «méta-récit» ou une «Grand Narrative» (Alves, 2000; Parmentier et Weitekamp, 2007; Verschraegen, 2002); comme une sémantique de la société moderne; une institution sociale; une catégorie juridique (Peces-Barba Martinez, 2004); comme un concept; un discours (Campbell, 1986); une idéologie (Marx, 1884); une rhétorique (Campbell, 1986; Lochak, 2005); un idéal (Delmas-Marty, 1986); comme un ensemble de critères moraux institué dans le système juridique (Bal, 1994); etc. Au bout du compte, en dépit des savoirs déployés pour définir et caractériser les droits de la personne, il semble qu'on ne puisse pas, encore aujourd'hui, fournir une réponse claire et sans équivoque à la question de savoir : Que sont les «droits de la personne»? Comment les décrire, les caractériser, les distinguer d'autres « droits »?

La densité terminologique qui se bâtit ainsi autour d'un même objet montre à quel point il est difficile de caractériser le concept de droits de la personne. Comme nous le verrons plus loin, le «médium» «droits de la personne» peut comprendre différentes possibilités de mise en forme qui seront « différemment » exploitées dépendamment de l'observateur et du cadre de référence mobilisé pour leur attribuer un sens. Un problème apparaît dès lors: la référence à une forme sans explicitation du cadre de référence mobilisé pour la signification entraîne une perte de puissance sur le plan de la description sociologique. La confusion qui apparaît sur le plan de la conceptualisation rend difficile et périlleux l'usage du concept sur le plan de la description empirique. Certes, il importe d'investir théoriquement le concept, mais il importe par ailleurs de ne pas l'«ontologiser», de garder ouverte la possibilité que la signification des «droits de la personne» puissent varier non seulement dans le temps et dans l'espace, mais aussi en fonction de l'observateur qui observe et communique (système politique, système juridique, etc.).

Dans ce qui suit, nous nous proposerons donc, à partir d'un survol de la «gigantesque littérature»⁷⁸ d'essayer de comprendre le sens de la «réalité» que le concept de «droits de la personne» cherche à indiquer. Nous allons d'abord revenir à leur contexte d'émergence, aux acceptions du passé et suivre le courant de leur généralisation (2.1.1). Nous traiterons ensuite du problème de l'indétermination des droits de la personne (2.1.2). Aussi, nous nous proposerons d'élaborer une solution sociologique au problème que pose la difficile observation des droits de la personne du point de vue de cette discipline (2.1.3). Et finalement, en nous inspirant de la théorie des systèmes de Niklas Luhmann, nous conceptualiserons la notion de droits de la personne dans le cadre de la distinction médium/forme (2.1.4).

2.1.1 Bref historique et contexte d'émergence (et de référence)

Considérant, avec Peces-Barba Martinez et d'autres observateurs, qu'«on ne peut réellement parler de droits fondamentaux qu'à partir de la période moderne» (2004 : 105; Villey, 1983; Gauchet, 2002), nous allons, dans cette section, considérer la matrice originelle des droits de la personne comme une invention proprement moderne, comme «la grande affaire moderne» (Andriantsembazovina et al. 2008 : vii) qui émerge et se stabilise dans un contexte de «sécularisation, systématisation, positivisation et historicisation» du droit (Lafer, 2006 : 38, notre traduction).

Bien que les droits de la personne soient contemporains des notions d'État de droit et de démocratie, bien qu'ils soient intimement liés aux développements de la pensée politique et philosophique de l'Europe du XVIII^e siècle, les généalogistes à la recherche des origines de la pensée des droits de la personne ont tout de même marqué un premier temps fort, un

⁷⁸ Plusieurs observateurs parlent de la «gigantesque littérature» consacrée aux droits de la personne. Voir, entre autres. Ndayizigiye (1997 : 320) et Villey (1983 : 15).

premier moment inaugural à l'époque de l'Angleterre du XIII^e⁷⁹ où l'on adopte, en 1215, la Magna Carta⁸⁰. Ce texte, «référence mythique dans la généalogie des droits de l'homme» (Lochak, 2005 : 17), reconnaît déjà à l'être humain des droits et des libertés individuels opposables aux pouvoirs du souverain. En ce qui concerne plus spécifiquement l'administration de la justice criminelle, on reconnaît les contours de certaines protections individuelles⁸¹ auxquelles nous nous référons aujourd'hui dans les termes de *garanties juridiques* modernes.

Comme le souligne Simon, cette Grande Charte de 1215 va servir «d'appui et de référence pendant tout le mouvement de revendication des droits qui s'étend sur le XVII^e et le XVIII^e siècle» (1985 : 56). Dans ce cadre d'influence, on peut sans doute reconnaître l'Angleterre du XVII^e siècle comme un point d'intensification de la référence aux protections individuelles. En 1628, le Parlement de Charles 1^{er} institue, par exemple, la Petition of Rights, document qui comprend certaines protections contre les arrestations abusives et les exécutions arbitraires. On y trouve des références à l'obligation de respecter des procédures régulières dans l'exercice des droits de défense. Puis viendra l'acte de *Habeas Corpus*

⁷⁹ Il est bien sûr possible d'indiquer deux histoires généalogiques des droits de la personne : une préhistoire ou l'on peut reculer jusqu'à la Bible hébraïque, les prophètes, la philosophie grecque, etc., et une histoire proprement moderne qui s'amorce au XVIII^e siècle. Voir, à ce sujet Simon (1985 : 50-68).

⁸⁰ L'histoire a voulu curieusement que la Magna Carta fut rédigée elle-même en France, dans l'abbaye cistercienne de Pontigny, par des nobles anglais émigrés et qui trouvèrent dans l'adoption de cette Charte la façon de dénoncer les excès de la monarchie et de limiter les pouvoirs du souverain Jean sans Terre (Lochak, 2005 : 17).

⁸¹ J'attire l'attention sur les paragraphes 20, 38, 39 et 40 de la Magna Carta: «20) Pour une offense mineure faite par un homme libre, l'amende imposée sera proportionnelle à la gravité de l'offense, et il en sera ainsi pour une offense plus grave, mais sans le priver de son gagne-pain. La marchandise d'un marchand sera ainsi épargnée, et un agriculteur pourra garder ses accessoires agricoles, s'ils devenaient sujets à la merci de Notre cour. Aucunes des susdites amendes ne seront imposées sans le témoignage sous serment d'hommes honnêtes et justes du voisinage»; «38) Aucun Huissier ne soumettra dorénavant quiconque à sa loi, sur sa seule accusation non corroborée, sans produire des témoins fiables convoqués pour cette raison »; «39) Aucun homme libre ne sera saisi, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, déclaré hors-la-loi, exilé ou exécuté, de quelques manières que ce soit. Nous ne le condamnerons pas non plus à l'emprisonnement sans un jugement légal de ses pairs, conforme aux lois du pays»; «40) A personne Nous ne vendrons, refuserons ou retarderons, les droits à la justice» (http://www.aidh.org/Biblio/Text_fondat/GB_01.htm).

(1679), imposé par les membres du Parlement de Charles II. Le texte réitère le droit de se prémunir «contre les arrestations arbitraires», mais reconnaît en outre les droits de l'inculpé et du détenu (Lochak, 2005 : 18; Simon, 1985 : 57). Dix ans plus tard, le Bill of Rights de 1689, institué par Guillaume d'Orange, sera considéré comme le contrat ayant mis fin à l'absolutisme royal anglais.

Presqu'un siècle plus tard, l'intensité de la référence se transporte dans les colonies américaines. Un peu avant la déclaration d'indépendance de Thomas Jefferson—laquelle allait proclamer l'égalité entre tous les hommes et leur reconnaître des droits inaliénables (le droit à la vie, à la liberté et à la recherche du bonheur)—le coup d'envoi avait été donné par La Déclaration des droits de Virginie de 1776⁸². Il s'agissait du premier État américain à promulguer une déclaration des droits de l'homme. Sa qualité sera remarquée : certains en parlent comme du tout «premier texte moderne des droits de l'homme» (Simon, 1985 : 58). Son influence sera considérable : quelques semaines après son adoption, plusieurs autres États suivront l'exemple⁸³. Cette contagion des idées aura certainement un impact sur la visée des protections introduites dans la Constitution américaine de 1787 à travers le Bill of Rights de 1791. Seront désormais protégés par la Constitution, notamment, «le droit à un procès équitable en matière pénale, et plus généralement le principe du *due process of law* [...] ; l'interdiction des châtiments cruels et inusités» (Lochak, 2005 : 20).

La Déclaration des droits de Virginie de 1776 ne serait par ailleurs pas sans lien avec ce qui va se produire en France après la prise de la Bastille en juillet 1789. Dans le contexte de la Révolution française, l'assemblée nationale constituante adopte la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Outre l'influence de La Déclaration des droits de Virginie, on reconnaît celles de la philosophie du droit naturel et de certains penseurs politiques modernes (Voltaire, Montesquieu, Rousseau). Avec ce texte, composé de 17 articles, apparaissent les fondations d'un nouveau régime à l'intérieur duquel se systématise un ensemble de valeurs

⁸² Après sa traduction dans la langue française, ce texte semble avoir grandement influencé les constituants français l'« après-révolution » chargés alors d'élaborer la Constitution et la Déclaration (Lochak, 2005).

⁸³ Notamment la Pennsylvanie, le Delaware, la Caroline, le Massachusetts, etc.

fondamentales relatives à la liberté, la sûreté, la propriété et certaines formes de protections contre l'oppression. Ces protection et ces valeurs—auxquelles on ajoutera celle de l'égalité et «qui figure désormais en tête de l'énumération [...] devant la liberté, la sûreté et la propriété» (Lochak, 2005 : 24)—sont considérées comme relevant des droits naturels, sacrés et imprescriptibles de l'Homme (article 2 de la Déclaration)⁸⁴. Cette déclaration a de particulier le fait de projeter ses principes au-delà des frontières de l'État-nation français. La portée (« symbolique⁸⁵ ») de la déclaration se veut universaliste; elle concerne la *Société-monde*.

Pour bien des historiens, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 représente le point culminant dans la systématisation des idées proprement modernes qui caractérisent encore aujourd'hui notre référence aux droits de la personne. En nous inspirant librement de Michel Foucault (1969 : 87-88), nous pouvons parler de systématisation à partir du moment où des idées ou des concepts (vie, égalité, liberté, etc.), jadis disparates et déconnectés les uns des autres, arrivent finalement (dans le contexte de la modernité) à se concevoir comme des « points d'accrochage » les uns *pour* les autres; permettant ainsi à chacun de revendiquer son appartenance à un cadre discursif de référence généralisé, en l'occurrence, celui des droits de la personne.

La généralisation de ce cadre discursif s'observe à un niveau «macro-sociologique»⁸⁶, mais à un niveau plus «més», on peut en observer les différents effets dans différents systèmes sociaux. Les effets varient non pas tant en relation avec le contenu du cadre de

⁸⁴ La Déclaration peut être consultée en ligne à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/d1789.htm>; consultée le 16 avril 2009.

⁸⁵ On utilise ici le mot « symbolique » non pas pour insinuer que la portée de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen serait sans effet réels, mais bien pour la démarquer de celle qui caractérise la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948—qui marque par ailleurs un autre temps fort dans la stabilisation de la sémantique des droits de la personne. En effet, dans le contexte de l'après deuxième Guerre mondiale, la portée de celle-ci se veut «concrètement» universaliste en ce qu'elle place les valeurs, les garanties et les droits de l'Homme sous la protection de la communauté internationale.

⁸⁶ On peut en effet rejoindre Lochak (2005) lorsqu'elle dit que la sémantique des droits de la personne se présente aujourd'hui comme «la forme imposée du discours politique, tant au plan interne que sur la scène internationale» (Lochak 2005 : 4).

référence des droits de la personne, mais plutôt en relation avec les autres références cognitives déjà présentes dans le système qui observe. En d'autres termes, si les droits de la personne peuvent être représentés «comme une gerbe, nouée d'un seul brin, mais dont les épis ont mûri dans plusieurs champs» (Simon, 1985 : 67), il est important de considérer que la «qualité» du sol varie dans chaque champ et exerce une influence sur la qualité des épis et leur mûrissement. Dit autrement encore, ce qui détermine les formes des droits de la personne, ce qui détermine leur contenu, ce n'est pas tellement les droits de la personne eux-mêmes, mais bien les interprétations et les mises en forme qu'opèrent certains systèmes sociaux—à partir de leur propre complexité cognitive, de leurs propres catégories—lorsqu'ils observent ou se réfèrent aux droits de la personne.

2.1.2 L'indétermination des droits de la personne

Généralisés et redevables d'«une tradition pluraliste de courants hétérogènes» (Simon, 1985 : 67), les droits de la personne seraient-ils donc devenus une «rhétorique vide de contenu» (Lochak, 2005 : 4)? Certains, comme Lochak, Onorio et Sen, posent ainsi la question.

Pour Lochak, la notion de droits de la personne se serait généralisée au point d'être «capable d'absorber n'importe quoi, y compris ce qui contredit sa finalité initiale, c'est-à-dire la protection contre le pouvoir» (Lochak, 1984: 51). Selon l'auteure, aujourd'hui :

Il ne reste plus des droits de l'homme qu'un langage, un discours vide de substance : comme le droit, ils ont perdu toute dimension subversive et polémique, sauf, bien sûr, là où ils n'ont pas été récupérés par le pouvoir (Lochak, 1984 : 51).

Onorio sera plutôt d'accord avec cette interprétation, mais il ira plus loin. La description prend un ton sévère sur lequel s'enchaînent les analogies les plus colorées à l'intérieur desquelles les droits de la personne font figure «de fourre-tout idéologique, d'auberge espagnole de militants en manque de causes et d'arguments, de supermarché des contestataires institutionnels, un véritable déversoir des fantasmes les plus exquis» (Onorio,

cité dans Thaddée Ndayizigiye, 1997 : 334). La conséquence serait limitative sur le plan opérationnel :

Il s'ensuit une dilution de la notion même de droits de l'homme aux contours indéfinis et toujours extensibles. D'où une perte d'efficacité. Les droits de l'homme relèvent ainsi davantage d'idéal de société que du droit où ils font figure de mythe juridique de la fin du XX^e siècle (Onorio, cité dans Thaddée Ndayizigiye, 1997 : 334).

Les droits de la personne sont ici conçus comme faisant partie de la catégorie des «concepts juridiquement indéterminés». Ils seraient associés à «un langage faux qui mélange la philosophie, la morale, la politique et le droit» (Ndayizigiye, 1997 : 352). La juridicité des droits de la personne étant mise en cause, ils sont relégués par certains observateurs au rang d'une religion, la «religion des droits de l'homme», ou d'une «mythologie», celle du XX^e siècle (*ibid.* : 334-335).

Pour celui qui veut conceptualiser les droits de la personne comme des droits cohérents, l'expansion de leur sémantique peut rendre la tâche difficile. Le problème de l'indétermination du contenu en est un qui préoccupe Sen. Il serait selon lui impératif de s'intéresser au problème de fond que pose ce flou conceptuel et ce, afin de rendre la référence théorique aux droits de la personne «opérationnalisable» dans le champ des pratiques :

[...] the conceptual doubts must [...] be satisfactorily addressed, if the idea of human rights is to command reasoned loyalty and to establish a secure intellectual standing. It is critically important to see the relationship between the force and appeal of human rights, on the one hand, and their reasoned justification and scrutinized use, on the other (Sen, 2004: 4).

Remarquons ici qu'aucune de ces dernières critiques ne rejette les droits de la personne dans leur contenu. Bien au contraire, on semble rester attaché aux valeurs que protège la sémantique des droits de la personne, tout en regrettant qu'ils aient perdu de leur vigueur dans leur vocation subversive. Remarquons par ailleurs qu'aucune de ces critiques n'est en soi contre la généralisation et l'expansion de ces valeurs. Quel est donc le problème fondamental qui apparaît discrètement entre les lignes ? Le problème—c'est du moins notre hypothèse—n'est ni un problème de fond ni un problème de généralisation ; le problème est

plutôt un problème de réception et de mise en forme de la sémantique des droits de la personne selon les caractéristiques des univers de sens différenciés qui les intègrent.

On peut certes parler de fluidité, d'ouverture, d'indétermination, et c'est sans doute une des raisons pour lesquelles on peut aussi parler d'universalisation, d'expansion et de généralisation, mais en fin de compte, ce vers quoi nous conduisent toutes ces caractéristiques—et sur ce point, nous rejoignons Sen (2004)—c'est vers la nécessité de concevoir une *théorie* des droits de la personne (Sen, 2004).

La nécessité de concevoir une théorie des droits de la personne émerge effectivement du problème que rencontre l'observateur chaque fois qu'il est question de dire ce que sont ces droits. Tout se présente comme si la perpétuelle mouvance des frontières conceptuelles faisait en sorte que ces dernières, au moment de dire ce que sont les droits de la personne, refusaient en quelque sorte l'«ontologisation» en étant déjà en déplacement vers d'autres lieux : tout ce qui a été dit est dès lors non seulement à redire, mais à redire autrement. Par ailleurs, même dans ce qui paraît immobile, il semble que l'angle d'observation d'un même objet en fasse varier les propriétés. Ainsi, dépendamment de l'angle d'observation, nous pouvons rejoindre Hart et concevoir les droits de la personne comme une sémantique de la morale (Sen, 2004 : 20); on pourrait tout aussi bien changer l'angle et les reconnaître comme des demandes proprement juridiques, des «lois en attente» ou des fondements pour l'adoption d'une loi (*ibid.*); on pourrait encore, sous un autre angle, suivre Peces-Barbes Martinez, marier les deux perspectives précédentes et considérer que «les droits de l'homme expriment à la fois une moralité fondamentale et une légalité fondamentale» (2004 : 35); en modifiant encore l'angle, on en rejoindra d'autres qui les conçoivent « as primarily ethical demands » et en ce sens, « they are not principally "legal", "proto-legal" or "ideal-legal" commands » (Sen, 2004 : 7). Et finalement, tirant profit de toute cette confusion, on pourrait aller jusqu'à dire que les droits la personne sont des discours sans point d'ancrage spécifique et se présentent plutôt comme «loose talk» (Sen, 2004 : 1-2). Dans cette même veine, Neves cite, comme étant cyniques et ironiques, les propos de Lévi-Strauss qui observait les droits de la personne comme «"a floating signifier"» ou encore ceux de Laclau qui les décrivait plutôt comme un «"empty signifier"» (cités dans Neves, 2007 : 412).

Contrairement à l'évaluation qu'en fait Neves, nous sommes d'avis que, bien que ces dernières caractérisations soient les plus abstraites et les plus générales, elles nous paraissent néanmoins—justement par leur indétermination—être celles qui puissent le mieux rendre compte des caractéristiques fondamentales de l'objet, c'est-à-dire le caractère abstrait, général et indéterminé de la sémantique des droits de la personne. Par rapport aux autres descriptions—beaucoup plus «ontologisantes»—, c'est aussi celle qui nous paraît la plus heuristique sur le plan de la connaissance. En tant que «empty signifier» ou encore «loose talk», les droits de la personne peuvent être représentés comme un ensemble d'électrons libres pouvant pénétrer différents univers de sens, s'accrocher à d'autres valeurs, idées, concepts, théories, et produire ainsi, par la voie des affinités électives entre les éléments réunis, des effets subversifs, progressistes, conservateurs, modérateurs, répressifs, tout et son contraire. Voilà la complexité qui caractérise l'objet et voilà également la difficulté qu'elle pose sur le plan de l'observation sociologique. Comment saisir, au niveau théorique d'abord, et empirique ensuite, cette complexité que représente la notion des droits de la personne?

2.1.3 L'observation sociologique du concept de « droits de la personne »

Au début des années 1990, Turner faisait remarquer que, «as a general rule, sociology has neglected the empirical issue of human rights and has not developed any general theory of social rights as institutions» (Turner, 1993: 489). Une décennie plus tard, Peces-Barba Martinez nuance, mais remarque tout de même que «la sociologie des droits de l'homme n'en est encore qu'à ses débuts» (2004:38). Le terrain se prépare lentement, et selon Verschraegen (2002), on peut considérer qu'à cet effet, la sociologie du droit de Niklas Luhmann⁸⁷ apporte une contribution intéressante dans le développement de l'observation

⁸⁷ Pour une critique de l'approche luhmannienne des droits de la personne, voir Peces-Barba Martinez (2004 : 38). Selon cet auteur, Luhmann a une approche sociologique réductionniste des droits de la personne car il les limite «à des éléments indispensables au bon fonctionnement et à la dynamique du système», «des éléments relevant d'une technique opératoire, étrangère à toute connotation éthique» (2004 : 38). Nous sommes portée à nuancer cette critique car Luhmann ne nie pas le fait que la loi consacre des *valeurs*. Il dit seulement que pour que ces valeurs puissent servir d'information pour le système du droit, ils doivent devenir des *valeurs internes* du système. Nobles et Schiff apportent des précisions utiles sur cette question: «Within systems theory, values do not enter law from the outside, to stabilize its operations. Rather, they exist internally, generated by the operations of law» (1993: 12). Ce que la théorie conteste, c'est que dans une société fonctionnellement

sociologique des droits de la personne. Les principales contributions théoriques de Luhmann sur les droits de la personne apparaissent dans *Grunrechte als Institution*. Malheureusement, l'ouvrage n'a pas encore été traduit de l'allemand vers le français, l'anglais ou le portugais. Nous allons donc devoir passer par des sources secondaires, nous référer, par exemple, à Verschraegen (2002; 2006) qui a récemment publié, en anglais, ses interprétations et ses analyses de la contribution luhmannienne à une sociologie des droits de la personne. Il faut par ailleurs remarquer que Luhmann n'a pas beaucoup écrit sur le thème des droits de la personne (Verschraegen, 2006 : 101). Suivant la démarche de Verschraegen⁸⁸, ce seront certains concepts et outils analytiques de la théorie des systèmes que nous mobiliserons pour observer et décrire l'historicité et la fonction des droits de la personne dans le système de droit criminel. Avant d'y arriver, nous présenterons tout de même les observations de Luhmann sur les droits de la personne et leur fonction.

Selon Verschraegen, Luhmann «is actually one of the few sociologists who did take up the question of why human rights hold such an essential position in contemporary society» (2002: 259). Ses travaux—et ceux de Verschraegen s'inscrivent dans la même lignée—aspirent à décrire les processus historiques et sociologiques ayant contribué à ce que les droits de la personne «emerge as a central feature of modern society» (Verschraegen, 2002: 259 ; 2006 : 101). On place au centre de l'analyse certaines questions théoriques liées aux droits de la personne telles que l'évolution sémantique dont ils ont fait l'objet ainsi que la fonction sociale qui est la leur depuis la naissance de la modernité. Comme l'explique Verschraegen, la conception des droits de la personne chez Luhmann introduit une rupture par rapport aux conceptions classiques :

Luhmann's sociological conceptualization of human rights differs from the current philosophical, political or juridical approach. Sociological systems theory phrases the issue of human rights neither as an ethical question of finding fundamental principles for

différenciée, les valeurs éthiques ou morales (par ailleurs, relatives et multiples) puissent avoir un impact *direct*, sans médiation, dans les opérations du système de droit.

⁸⁸ Verschraegen explique ainsi sa proposition : «By making use of the theoretical vocabulary of systems theory, [this article] will reconstruct the historical and sociological processes that make visible why human rights emerge as a central feature of modern society, and will also explain their basic paradoxes» (2006: 101).

human rights, nor as a question of consolidating and implementing human rights law (2002: 262, nos italiques).

Luhmann tente plutôt de saisir théoriquement la notion des droits de la personne en adoptant un point de vue sociologique et en ce sens, pour le sociologue allemand, « human rights are [...] not considered in an ethical or juridical way, but seen *as a social institution with a specific function* (Verschraegen, 2002: 262, nos italiques).

Pour comprendre la spécificité de la fonction qu'assument les droits de la personne dans la société, il faut tenir compte de ce qu'implique, notamment en ce qui a trait au positionnement social de l'individu, le passage d'une société stratifiée/segmentée à une société fonctionnellement différenciée. Pour Verschraegen, « [t]he concept of functional differentiation is at the heart of Luhmann's analysis of the human rights ». L'auteur précise:

According to Luhmann, the emergence of international human rights can be seen as a response to the functional differentiation of modern 'world society'. *Functional differentiation and the emergence of human rights are thus complementary historical processes* (Verschraegen, 2002: 262, nos italiques).

Dans les sociétés pré-modernes, stratifiées ou segmentées, la position sociale de l'individu est déterminée par son appartenance à un groupe social donné. Elle est donc fixe, stable, invariable et absolue. Dépendamment de son groupe d'appartenance, l'individu est dès lors totalement inclus ou totalement exclu de certaines sphères sociales. L'interaction sociale dans une société qui se différencie en termes de *groupes*—plutôt qu'en termes de *fonctions* et de *communications*—est ainsi régie par des droits collectifs, particularisés en fonction du groupe d'appartenance. L'individu, confondu dans son groupe d'appartenance, ne se voit reconnaître aucun droit subjectif. Verschraegen explique:

In segmental as well as hierarchical societies, objective law suffices to regulate social interaction, and subjective rights are not necessary. For the individual here has a fixed social position; he or she is comprehensively embedded in social contexts. The relationship between society and individual is determined by its 'total inclusion': individuality and social position are identical. [...] Precisely because the individual is defined in all spheres of life by his or her fixed social position (2002: 266).

En se complexifiant et en se différenciant fonctionnellement, «unlike [...] earlier societal forms, our late modern society has no [...] top, centre, or privileged position » (Holmström, 2005 : 500). Dans ce contexte, les droits de la personne

[...] ensure the protection of individual spheres of action typical of modern society. This is necessary because, with the transition towards functional differentiation, the position of the individual becomes fragile (Verschraegen, 2006: 104).

Dans la modernité, « social differentiation can no longer be based on dividing 'whole persons' into distinct groups » (Verschraegen, 2002: 266). Dans une société fonctionnellement différenciée, « *it is no longer groups of people that are being differentiated but types of communication* » (*ibid.*).

La société comprend ainsi l'ensemble des communications possibles, ce qui se traduit par une extrême complexité⁸⁹, une complexité qui dépasse largement « la capacité très limitée qu'a l'homme [...] d'assimiler (*verarbeiten*) ses expériences » (Luhmann, dans Guibentif, 1993b : 22).

La réduction de la complexité contemporaine, notamment en ce qui a trait aux possibilités communicationnelles, s'opère paradoxalement et simultanément—sur le plan de l'organisation sociale—par une complexification interne de la société. Cette complexification interne prend la forme d'une différenciation du système global (la société) où de multiples sous-systèmes sociaux émergent en instituant leurs propres possibilités communicationnelles en favorisant ainsi, à l'intérieur de leurs propres frontières, une réduction de la complexité

⁸⁹ Amado décrit ainsi le concept de complexité dans la théorie des systèmes : « Par complexité, on comprend l'ensemble de tous les événements possibles. Ainsi conçue, la complexité renvoie à deux idées. D'un côté, il s'agit d'un monde de possibilités qui n'est pas un monde réel, étant donné que l'équivalence absolue des possibles—en tant que « possibles »--ne cesse que lorsque le hasard permet la décantation d'un de ces mondes possibles, pour le transformer en monde réel. D'un autre côté, ce champ illimité de possibilités qui se nomme complexité se conçoit conceptuellement comme chaos et pas encore comme cosmos. Une fois que se sera introduite une forme d'ordre dans cette infinitude, on aura instauré les conditions pour la décantation à laquelle on fait allusion, décantation qui [103] permettra l'auto-affirmation d'un des mondes comme réel; la complexité aura été réduite, la société aura commencé à exister » (Amado, 1993 : 103-104).

totale. Ici, la réduction de la complexité totale au niveau du contenu procède par la complexification de l'organisation sociale sur le plan de la forme. Dans cette perspective, la complexité n'est pas conçue comme un problème en soi, mais bien comme un mode de gestion de la complexité elle-même. Ahlemeyer précise:

Complexity [...] is not an unintended side effect of an otherwise orderly world, but a form of the world itself, a mode in which the world deals with itself. In this perspective, a simple reduction of complexity which does not at the same time refer to new complexity is to be avoided (Ahlemeyer, 2001: 59).

Chaque sous-système qui émerge dans ce contexte (politique, juridique, économique, religieux, etc.) remplit sa propre fonction et se différencie ainsi des autres fonctionnellement. Suivant les orientations données par sa fonction spécifique, chaque système opère à sa manière une réduction spécialisée de la complexité pour ce qui est des possibilités communicationnelles. La fonction est ce qui délimite un domaine spécifique de la complexité totale du monde et permet d'opérer sur lui une réduction des possibles. En ce sens, «chaque sous-système permet un traitement sectoriel et simplifié de la part de la complexité dont il s'occupe [et] la genèse des systèmes n'est [dès lors] ni plus ni moins que la spécialisation fonctionnelle en vue de la réduction de la complexité » (Amado, 1989 : 19).

Dans ce cadre, les individus, en tant que «supports communicationnels», participent à la reproduction de ces divers systèmes sociaux. Dépendamment de la codification et du sens de la communication à laquelle les individus participent, ils seront tantôt inclus, tantôt exclus de la dynamique de reproduction systémique. En se situant dans un univers de sens particulier, en empruntant les canaux de communication d'un système social donné, la participation (inclusion) de l'individu à la reproduction communicationnelle du système est assurée. Par exemple, dans une société fonctionnellement différenciée, le système politique impose les critères d'inclusion en déterminant des supports communicationnels proprement politiques qui n'admettront pas la possibilité d'inclure l'individu qui emprunte les supports communicationnels du système religieux et vice versa. En ce sens, en instituant leurs propres registres de communication, ce sont les systèmes sociaux eux-mêmes qui établissent leurs propres critères d'inclusion et d'exclusion.

Ainsi, contrairement à ce qu'on a pu observer dans les sociétés stratifiées/segmentées, ici, les conditions d'inclusion et d'exclusion ne sont plus déterminées en relation avec l'appartenance au groupe, mais bien en relation avec le type de communication produit. Inclusion et exclusion sont les deux résultats possibles et mutuellement exclusifs— on est « *in* » ou on est « *out* », il n'y a pas de positionnement intermédiaire—de la communication.

Dans ce cadre, la fonction spécifique des droits de la personne, en tant que système social, est de protéger la différenciation fonctionnelle de la société, d'éviter la dédifférenciation⁹⁰, d'éviter, par exemple, que la stratification hiérarchique ne reprenne le dessus et permette en l'occurrence que la participation (inclusion) de l'individu à la communication politique ne dépende de ses convictions religieuses. Les droits de la personne, exigeant que tous les systèmes sociaux observent les libertés religieuses, reconnaîtront comme contraire à leurs attentes normatives le fait qu'un musulman se voit refuser (exclusion), sur la base de ses croyances religieuses, le droit de participer aux élections de son pays (système politique), d'acheter une propriété (système économique), d'obtenir une éducation (système d'éducation) ou de se référer à un tribunal compétent pour faire observer les obligations d'un contrat (système juridique).

Ici, contre les hiérarchies et les exclusions arbitraires, absolues et définitives d'antan, «the fundamental freedoms and human rights institutionalize specific mechanisms to increase stability and protection of the individual» (Verschraegen, 2002: 262).

Selon le principe de la différenciation fonctionnelle, et à travers les attentes normatives instituées par les droits de la personne, l'individu qui mobilise les «bons» supports communicationnels pourra participer à l'auto-reproduction de différents systèmes sociaux, et ce, indépendamment de sa personnalité, de son statut professionnel, de son appartenance à certains groupes et indépendamment aussi de sa participation communicationnelle à la reproduction d'autres systèmes sociaux—l'individu moderne peut

⁹⁰ Le risque de dédifférenciation arrive quand un système perd sa spécificité en intégrant dans ses opérations et ses façons de faire des mécanismes qui appartiennent à d'autres systèmes. Ce serait le cas, par exemple, si le juge pénal intégrait dans la prise de décisions des pratiques ou des raisonnements typiques d'un système social autre que le juridique. Voir à ce propos Pourtois, (1993).

servir de support à la communication économique, juridique, religieuse, politique, artistique, familiale, amoureuse, etc. En ce sens, «human rights ensure that the differentiation between different functional subsystems is maintained. (Verschraegen, 2002: 262). Pour le dire comme Neves,

[...] human rights can be defined as *normative expectations of legal inclusion of each and every person in world society and hence of universal access to law as an (autonomous) social subsystem* (2007: 417-418).

En somme, suivant la théorie de Luhmann, nous sommes appelés à concevoir théoriquement les droits de la personne comme une sémantique⁹¹ de la société établissant les fondements d'un nouveau régime d'inclusion sociale de l'individu dans la société. Dans les divers sous-systèmes sociaux fonctionnellement différenciés (politique, droit, éducation, économie, religion, etc.), ils permettent l'inclusion partielle, sélective, mais plurielle de l'individu, ou plus précisément, de la communication à laquelle il participe. Ils assurent l'accès aux divers systèmes sociaux de la société et compensent «for the loss of total inclusion and a fixed social position» (Verschraegen, 2002: 267).

2.1.4 Les droits de la personne comme sémantique de la société : la distinction «médium/forme»

Bien que l'on utilise communément le terme *droits* de la personne pour les désigner, les droits de la personne ne sont pas pour autant cantonnés dans les frontières communicationnelles du système juridique. Il y a certes des rapports particuliers qui se sont créés entre les droits de la personne et le droit—les premiers étant devenus, avec la progression de la modernité, des expectatives normatives généralisées et donc sous-jacentes à plusieurs systèmes sociaux dont le système juridique; il faut se garder de confondre les droits de la personne en tant qu'institution sociale et les droits de la personne tels qu'ils ont été reçus et mis en forme à l'intérieur du système juridique proprement dit. Dans la modernité, l'émergence de l'individualisme et la reconnaissance des droits subjectifs ont certes favorisé

⁹¹ Dans le cadre de la théorie des systèmes, le concept de sémantique renvoie au patrimoine d'idées de la société, aux thèmes qui sont disponibles pour la communication (Luhmann, 1993).

les affinités ou les «couplages» entre les droits de la personne et le système juridique, mais dans ces rapprochements—qui, comme nous le verrons, s’instituent d’abord au niveau du médium avant toute détermination de *formes*—le système juridique demeure autonome dans la détermination de sens.

Dans la perspective de la théorie des systèmes, il faut plutôt considérer la sémantique des droits de la personne comme une sémantique généralisée et pouvant inspirer certaines mises en forme dans différents systèmes sociaux. En d’autres termes, la sémantique des droits de la personne forme elle-même un système social à part entière, autonome. Elle est présente dans l’environnement de tous les systèmes sociaux fonctionnellement différenciés.

Dans la théorie de Luhmann, si chaque sous-système de fonction est autonome⁹², chaque système s’«auto-constitue» en référence à un environnement. Il y sélectionne et y exclut des possibilités en appliquant son propre code binaire. Ce code binaire, qui se veut spécifique à chaque système fonctionnellement différencié, permet à tout moment «de discerner quelle communication appartient au système et quelle communication lui est étrangère» (Amado, 1989 : 21).

Le code, en relation avec le «sens», permet ainsi de constituer le système dans sa spécificité identitaire. Le sens n’est pas un contenu et ne suppose aucune forme prédéterminée. Le sens est plutôt contingent, modifiable, «non-ontologique». Ceci dit, en relation avec un environnement toujours plus complexe que ne peut l’être le système lui-même, le sens représente bel et bien «une stratégie déterminée de sélection d’éléments ou de possibilités» (Amado, 1989 : 21). Le *sens* est constitutif du système, car sans lui, il ne pourrait y avoir de distinction système/environnement et il ne pourrait dès lors y avoir de

⁹² Le concept d’autonomie est relié à celui d’(auto)reproduction, de «clôture» et d’«autopoïèse». Selon Amado : «toutes les opérations du système sont en même temps (auto)-reproduction du système. Et, selon Luhmann, cette «clôture autopoïétique» du système constitue son unité. Les systèmes, en tant qu’unité, ne sont ni un contenu, ni une structure, ni une configuration stable des éléments; tout cela est changeant, contingent. L’unité du système c’est son mode de [116] reproduction. Son autonomie, c’est l’autonomie de sa reproduction récursive. Le système juridique, par exemple, n’est pas la totalité des actes juridiques qui ont lieu, ni des attentes en vigueur, ni un ensemble de normes, ni une hiérarchie formelle: c’est la manière selon laquelle le droit peut se créer, uniquement à partir du droit lui-même» (Amado, 1993 : 116-117).

système. Ainsi, conclut Amado, grâce au sens, «se stabilise une différence entre ce qu'intègre le système et ce qui reste hors de lui, par le moyen d'un simple schéma binaire en termes d'appartenance ou de non-appartenance » (*ibid.*). Par exemple, dans le système juridique, le code binaire *conforme/non conforme au droit* opère des sélections en relation avec le sens qui, lui, détermine de façon contingente ce qui, dans des cas spécifiques, est thématiqué « droit » par le système juridique (et exclut du coup ce qui est thématiqué « science » par le système scientifique ou « art » par le système artistique).

Chaque système est donc autopoïétique, c'est-à-dire qu'il ne se reproduit qu'à l'aide de ses propres éléments, ce qui implique que le rapport système-environnement est déterminé par le système lui-même et non par l'environnement. Les communications qui ne relèvent pas du système, qui appartiennent à l'environnement (incluant celles des droits de la personne), ne peuvent être intégrées au système qui les sélectionne—s'il les sélectionne—qu'à travers une réappropriation complète par celui-ci, qui les transformerait en opérations parfaitement genuines et indistinguibles [*sic*] de ses propres opérations» (Clam, 1997 : 254).

Apparaît, dans ce cadre, le caractère «polycontextuel» des droits de la personne. En tant que sémantique généralisée, pouvant en tout temps être sélectionnés par différents systèmes sociaux, les droits de la personne sont politiques pour le système politique, juridiques pour le système juridique. Le système qui sélectionne, le système qui intègre, est aussi celui qui met en forme et qui confère aux idées sélectionnées un sens particulier⁹³. Le système qui reçoit détermine le sens de sa réception. Il n'y a pas lieu de débattre du «vrai» sens de l'objet «polycontextuel», ni de se demander, en définitive, qui a raison, qui se rapproche le plus de la vraie nature des droits de la personne : le politique, ou le juridique, ou tout autre système social intégrateur? Comme le souligne Amado, les sens de l'objet «polycontextuel» « seront aussi nombreux que les systèmes qui intègrent cet objet dans ses opérations, sans qu'aucun de ces sens puisse s'hypostasier, comme unique ou originaire» (Amado, 1993 : 124). Nous pouvons ainsi dire que dans la société moderne, en tant qu'objet «polycontextuel», les droits

⁹³ Par rapport à cette discussion, Neves note: «What needs to be done is precisely to reconstruct the predominant field of meaning in which human rights are used in political discourse and legal discourse today and from that foundation to tackle the question of their symbolic force with grater clarity» (Neves, 2007: 412).

de la personne sont transversaux, ils percent différents univers de sens et leurs sens varient au contact de ces univers. La figure suivante illustre cette idée de transversalité des droits de la personne dans une société fonctionnellement différenciée.

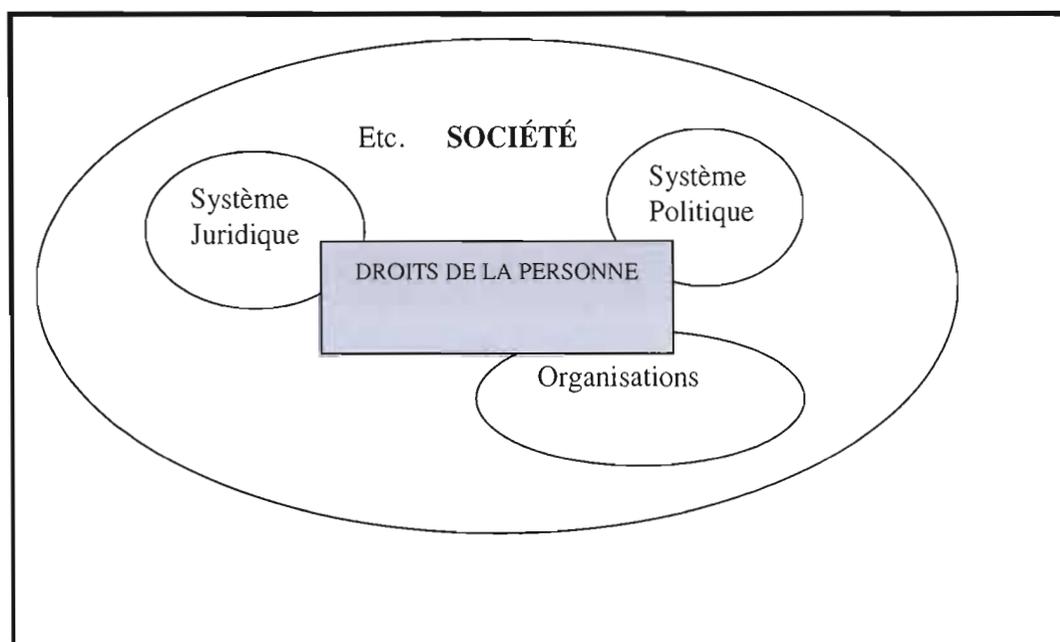


Figure 2.1 La transversalité des droits de la personne

Cette façon d’observer sociologiquement les droits de la personne nous permet de sortir des impasses dans lesquelles les analyses classiques nous avaient plongés. En acceptant la «polycontexturalité» des droits de la personne, prend fin le débat interminable—que nous avons exposé plus haut—autour de la question de savoir si les droits de la personne sont moraux, juridiques, à la fois moraux et juridiques, ou philosophiques ou éthiques.

La théorie des systèmes nous invite à faire des distinctions, mais des distinctions qui tiennent compte, d’abord et avant tout, du système récepteur et de son rôle dans la mise en forme ou la construction de l’objet qu’il observe. Elle nous permet par ailleurs d’éviter, sur la base des « effets paradoxaux » des droits de la personne, de devoir trancher entre les « vrais » et les « faux » droits de la personne, entre les « bonnes » ou les « mauvaises » mise en formes.

Ces distinctions, très répandues dans les analyses classiques, tendent à «ontologiser» le concept et perdent de vue ce qu'il y a de plus important à considérer, à notre avis, en matière de conceptualisation, soit la reconnaissance des droits de la personne comme médium, et non comme contenu.

La notion de médium nous est proposée par la théorie des systèmes de Luhmann comme l'une des deux faces de la distinction «médium/forme». Cette distinction nous semble intéressante sur le plan de l'observation sociologique des droits de la personne en ce qu'elle permet une représentation plus neutre et plus descriptive du concept. Nous allons donc y consacrer les prochains développements.

Dans la théorie de Luhmann, la distinction «médium/forme» «points to the emergence of distinctive features of such forms» (Luhmann, 1995: 105). Par analogie, les médiums peuvent se concevoir comme des enveloppes à l'intérieur desquelles on a placé des mots, des concepts, des idées. Ces enveloppes n'ont pas de destinataires. Elles sont généralisées et plusieurs entités peuvent se référer à leur contenu. L'entité qui sélectionne en se référant au contenu, sélectionne un mot, un concept, une idée. Si les mots, les concepts, les idées, en tant que médiums, sont donnés par l'enveloppe, le sens de ces mots/concepts/idées, lui, est encore à construire. Dans son contenu, l'enveloppe ne fournit pas de construction de sens préfabriquée. C'est plutôt à l'entité qui sélectionne un mot/concept/idée que revient la tâche de sélectionner aussi, ultimement, une possibilité de sens parmi l'ensemble des possibilités de sens possibles.

Ainsi, les formes en tant que détermination de sens, «are always stronger and more assertive than the medium [plus souple, plus ouvert]» (Luhmann, 1995: 105). Les formes, ne représentant qu'une possibilité parmi d'autres, sont toujours le fruit de sélections contingentes et en ce sens, «all forms appear accidental» (*ibid.*). Aucune détermination de sens à l'intérieur d'une forme n'élimine les «remaining possibilities contained in the medium» (*ibid.*). En effet, si en référence au médium, la possibilité de sens sélectionnée actualise une *forme* déterminée, un retour au même médium, opéré par la même entité ou encore par une autre entité, n'exclut pas la possibilité d'une toute autre mise en forme du

médium⁹⁴. Ce qui ne veut pas dire pour autant que le médium soit inépuisable ou qu'on puisse exploiter son élasticité à l'infini : les médiums, «since they consist of elements, [...] are nonarbitrary [and] impose limits on what one can do with them» (*ibid.*: 105). Ceci dit, on considérera néanmoins que «their arsenal of possibilities is generally large enough to prevent fixation on a few forms» (*ibid.*).

Ce sur quoi il faut insister, c'est en effet sur l'idée qu'un même médium comprend théoriquement une variété de possibilités de sens qui peuvent être actualisées de façon distincte dépendamment, non pas tant du médium ou pas uniquement du médium, mais bien de l'entité qui sélectionne, des opérations de mises en forme conduites et reconduites par l'entité elle-même. Ainsi, comme conséquence de la complexité interne de la société moderne, le médium de «justice», par exemple, permet l'exploitation de plusieurs possibilités de sens : la possibilité de sens sélectionnée et stabilisée dans le système religieux n'est pas la même que celle sélectionnée et stabilisée dans le système juridique, philosophique, politique, etc. Aussi, dans un même système social, par exemple, le système juridique, les possibilités de sens peuvent varier en fonction des sous-systèmes internes : au niveau du concept de justice, notamment, la possibilité de sens sélectionnée par le droit civil n'est pas la même que celle du droit criminel. Observation fondamentale dans le constructivisme radical de Luhmann : chaque possibilité de sens correspond à une mise en forme particulière du médium, mais «no form ever expresses the "essence" of the medium» (Luhmann, 2005: 105).

Entre les formes, les correspondances sont possibles, mais non nécessaires, voire improbables puisque dans la conception luhmannienne de la société moderne, les entités productrices de sens au niveau social, entre autres, les systèmes sociaux fonctionnellement différenciés, ne sont pas théoriquement conçues comme des entités sociales qui coopèrent entre elles, mais plutôt comme des entités qui s'ignorent et forment les unes pour les autres, non pas une communauté de systèmes, mais bien un environnement abstrait et indéterminé. En ce sens, dira Luhmann :

⁹⁴ Par ailleurs, la mise en forme opérée par une entité donnée n'empêche pas non plus que cette même mise en forme puisse réflexivement être réinvestie comme médium, que ce soit par l'entité elle-même ou une toute autre entité.

[...] why one would expect « modernized » function systems to support one another and to cooperate toward a better future? [...] Would it not be more probable that developing systems would create difficulties, if not unsolvable problems, for each other...? (Luhmann, 2000 : 43).

Ceci dit, sans parler de coopération entre le système et son environnement, les médiums peuvent néanmoins se concevoir comme « les éléments qui permettent d'établir un couplage entre [...] le système et son environnement » (Pires, 2009 : 7). À partir des médiums, en référence à leur abstraction, « un système récepteur s'accroche à son environnement » (Pires, 2009 : 7). Ils créent des ponts avec le « non-système », par exemple, des ponts entre le système de droit criminel et le médium des droits de la personne.

L'utilité de la distinction « médium/forme » sur le plan de la problématisation de notre recherche nous semble indéniable. Toutefois, en ce qui a trait à son utilité sur le plan de l'observation empirique, la preuve reste encore à faire, mais nous espérons que notre recherche puisse se compter parmi celles qui auront permis de démontrer que la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann peut se prêter, quoi qu'on en dise, à la recherche empirique.

Si Luhmann lui-même n'a pas été le plus empiriciste des empiricistes, il ne nous paraît pas fondé de dire que sa sociologie est strictement une *sociologie théorique* (Arnaud, 1989 : 5-6). D'abord, parce que Luhmann a lui-même utilisé sa propre théorie pour conduire certaines observations empiriques, notamment à propos de l'évolution de la sémantique amoureuse et dont le travail d'analyse nous a été livré dans *Amour comme passion*. Ensuite, parce que sa connaissance des recherches empiriques est indéniable et même impressionnante comme en témoignent les multiples et inépuisables notes de références qui émaillent la plupart de ses ouvrages et articles. Mais plus important encore, ce qu'il faut surtout reconnaître aujourd'hui, c'est la portée heuristique de cette théorie, le fait qu'elle peut en effet, sous certaines conditions, favoriser le développement de la connaissance à travers le développement de la recherche empirique. Pronzini (2008 : 9) précise toutefois ces conditions épistémologiques et méthodologiques de la recherche empirique sous l'encadrement de la théorie des systèmes:

Although its theoretical fruitfulness is widely recognized, Niklas Luhmann's system theory is still considered unable to guide empirical research. We think that this criticism underestimates the potential of system theory. (...) Research inspired by system theory can be empirical as long as the following prerequisite is fulfilled: the research should embrace epistemological premises which overcome the presumption of a direct access to the world "as it is". The latter should be replaced by the acknowledgment of the existence of different perspectives and of the contingency of every observation (including empirical ones). At the methodological level, this has the consequence that questions of 'what it is' and the correlated aim to collect additional data in order to uncover additional facts are no longer central. On the contrary, what becomes crucial is the observation of 'how the world is being observed' through the contingent criteria of the observed social systems, while relying on the contingent criteria of the observing social system (Pronzini, 2008: 9).

Une fois ces conditions remplies, la théorie des systèmes peut orienter la recherche empirique et ce, de plusieurs manières. Becker et Seidl (2007 : 943) énumèrent les options qui s'offrent aux chercheurs :

First, one could choose a topic for which Luhmann has already provided a rather thoroughly detailed theory and develop it further by investigating the theory's implications for specific empirical questions. If one adopted this approach, one could mainly continue building on Luhmann's theory by using empirical material [...] Second, one could use core elements of Luhmann's theory, complement them with elements from other strands of research, and tailor the resulting framework to empirical work according to the research question at hand⁹⁵. In this case, one would use the theory of social systems as a fruitful heuristic for stimulating new insights into answering particular empirical questions. [...] Third, one could pick out individual concepts of Luhmann's theory and apply them independently of their wider theoretical context to particular empirical research questions⁹⁶. In this way, one would not be engaging in systems-theoretical work

⁹⁵ C'est ainsi qu'au besoin, et aussi souvent que cela nous paraissait nécessaire ou utile, nous nous sommes donnée dans cette recherche toute la liberté de sortir des sentiers luhmanniens. Notre cadre théorique fait d'ailleurs intervenir de façon centrale le concept de *rationalité pénale moderne*. Nous avons par ailleurs mis à contribution plusieurs recherches sociologiques et criminologiques de différentes traditions (A. Baratta, F. Digneffe, D. Kaminski, etc.) et des apports de la théorie du droit (Delmas-Marty, van de Kerchove, Ost, Cartuyvels, Tulkens, etc.); dans une perspective plus systémique, nous nous sommes aussi servie des *insights* théoriques ou observations empiriques en provenance de la théorie moderne des organisations (notamment à partir des travaux de D. Seidl, de Morgan).

⁹⁶ C'est ainsi que dans notre approche sociologique des droits de la personne, nous avons pu profiter de la distinction luhmannienne «médium/forme» et ce, sans que cet engagement ponctuel ne se traduise par un engagement absolu en faveur de la théorie des systèmes et uniquement de celle-ci. En ce sens, si la théorie des systèmes peut, pour certains, paraître dogmatique, elle paraît dogmatique pour celui ou celle qui l'observe comme telle. Pour d'autres, elle se présente tout simplement comme une théorie, c'est-à-dire comme mettant à la disposition du chercheur des outils conceptuels conçus pour

in a strict sense, but would still be benefiting from Luhmann's intellectual creativity (Becker et Seidl, 2007: 943).

Nous fermons ici cette parenthèse pour, avec son aide, expliciter les liens que nous entretenons entre «droits de la personne» et «médium/forme».

Dans le cadre de notre problématique spécifique de recherche, nous allons théoriquement concevoir les droits de la personne comme un médium pouvant, par ailleurs, contenir d'autres médiums (liberté, égalité, etc.); nous allons observer un des systèmes sociaux concrets qui s'y réfère—c'est-à-dire le système de droit criminel moderne—; nous considérerons que ce système détermine, au niveau du contenu, les *formes* stabilisatrices de sens—il détermine par exemple, à un moment, le sens de la valeur «égalité» *dans ce système*, le sens de la «protection de la vie» *dans ce système*, le sens de la valeur «liberté» *dans ce système*, etc.—; nous allons finalement considérer théoriquement que les *sens* spécifiques qui déterminent les formes et, du coup, en négligent d'autres théoriquement possibles—négligence ou exclusion à tout le moins provisoire— dépendent, en partie, des structures cognitives du système récepteur, de ses propres idées, concepts, théories, plus spécifiquement en matière de droit criminel, du système d'idées dominant formé par les théories de la peine, la «rationalité pénale moderne».

Avant d'aborder les concepts de «théories de la peine» et de «rationalité pénale moderne» dans les deux dernières sections de ce chapitre, nous pouvons conclure en explicitant, sur trois niveaux d'analyse, la portée heuristique de cette approche sociologique des droits de la personne dans le cadre de la distinction «médium/forme».

À un premier niveau, les recherches empiriques peuvent s'attarder à rendre compte de la transversalité du médium dans plusieurs systèmes sociaux de la société, voir comment différents systèmes sociaux stabilisent différentes formes à partir d'un même médium.

l'observation sociologique et pouvant en tout temps, en référence à l'empirie, être invalidés, retravaillés, reformulés, complexifiés.

À un deuxième niveau, les recherches empiriques peuvent également procéder à l'analyse d'un système social particulier et identifier, problématiser les structures impliquées dans la détermination de certaines formes. On pourrait alors s'apercevoir que les mises en forme des droits de la personne dépendent des particularités des systèmes sociaux qui les intègrent⁹⁷. Dans cette optique, on pourrait par exemple considérer le système juridique et s'interroger, comme le suggérait Lochak, « sur les rapports que le droit entretient avec les droits de l'homme : autrement dit poser comme problème ce qui est accepté généralement comme une donnée, d'évidence ou d'expérience » (Lochak, 1984: 50). Selon l'auteur, en privilégiant une telle approche, on s'apercevrait alors « que les rapports entre le droit et les droits de l'homme ne se laissent pas analyser si aisément, qu'ils sont complexes, qu'il faut bien s'accommoder de cette complexité dans la mesure où elle appartient au droit lui-même» (*ibid.*).

À un troisième niveau d'analyse, nous pourrions, à l'intérieur d'un même système social, cibler davantage l'observation et considérer la réception et la mise en forme des droits de la personne selon les divers circuits de communication «intra-systémiques»; cibler davantage, comme nous nous proposons de le faire ici, la réception des droits de la personne dans les circuits de communication du droit criminel, le droit criminel étant ici conçu comme un sous-système du système juridique. Comme le mentionne Luhmann, «seules les formes produites dans le médium "font l'histoire" et contribuent en même temps à reproduire ce dernier» (2001b : 53). À ce niveau, nous devons envisager la possibilité de concevoir plusieurs formes à l'intérieur d'un même système, considérer que les formes sont évolutives et que, sur le plan de l'observation de deuxième ordre, nous pouvons décrire l'évolution des formes à travers l'historicité du système, faire, en d'autres mots, l'histoire d'un thème par la description du déploiement de ses formes.

Au terme de ces considérations, nous pouvons proposer ici une (re)formulation plus précise et théoriquement mieux nourrie de nos objectifs de recherche : il s'agira pour nous de décrire l'ensemble des formes que peuvent prendre les droits de la personne dans la communication du système (en prenant comme ancrage empirique le point de vue de leurs supports communicationnels, c'est-à-dire le point de vue des juges et des procureurs),

⁹⁷ Voir à ce sujet Verschraegen (2002), et Luhmann (1999).

d'identifier les structures cognitives impliquées dans la mise en forme de ces sens—et ainsi mieux comprendre notre paradoxe directif à savoir comment les droits de la personne peuvent à la fois servir de limite et de nouveau fondement au droit de punir—et de problématiser, dans ce cadre, ce qui fait obstacle à la valorisation d'autres possibilités de sens non actualisées (virtuelles).

Avant de passer à la présentation de la théorie de Pires portant sur ce système d'idées appelé « *rationalité pénale moderne* », nous présenterons d'abord les théories de la peine qui le composent (rétribution, dissuasion, dénonciation et réhabilitation dans le pénitencier). Pour ce faire, une mise au point sur le concept de «théorie de la peine» devient essentielle dans notre étude.

2.2 Le concept de «théories de la peine»⁹⁸

Dans sa théorie de l'évolution juridique⁹⁹, Luhmann présente les trois étapes de l'évolution systémique en termes de variation, de sélection et de rétention (ou stabilisation).

⁹⁸ Il faut souligner que les remarques qui suivent, même si de notre entière responsabilité, doivent énormément au travail collectif (publié et non publié, écrit ou tout simplement ressorti de conversations informelles) que l'équipe de recherche du Laboratoire de sociologie juridique de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale est en train de réaliser autour d'un vaste programme de recherche sur l'évolution du droit pénal, programme qui est sur pied depuis 2001.

⁹⁹ La théorie de l'évolution de Luhmann a pour objet l'explication des conditions de possibilité de changements structurels des systèmes sociaux (par la complexification de la sémantique et des structures). Cette théorie distingue trois types d'opérations que les systèmes doivent générer pour pouvoir évoluer : variété, sélection et stabilisation. La variété est produite lorsque le système met en forme des possibilités nouvelles offertes par l'environnement : «one can speak of *variation* only where unexpected (new) operations occur» (Luhmann, 1995 : 225). La sélection se produit lorsque le système développe des structures d'accueil pour la variété : «*selection* concerns the structural value of innovation; the innovation is either accepted as something worth repeating, or is isolated as a singular occurrence and rejected» (*ibid.*). La stabilité implique l'intégration des nouvelles structures créées, la généralisation des sélections. Selon Dubé : «On doit pouvoir observer ici un passage allant de la formation de structures (sélection) à la réaffirmation de ses structures et 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. Advenant la non-stabilisation, les questions d'évolution ou de régression, tout comme l'avenir, resteront ouvertes» (Dubé, 2008 : 31). Dans une telle conception, il y a une «internalisation» des mécanismes de variation, de sélection et de stabilisation qui déplacent «le dynamisme et l'évolution de l'environnement lui-même vers l'*intérieur* du système» (Teubner, 1989b : 89).

Comme l'explique Teubner en s'appuyant sur les travaux de Luhmann, «au sein du système juridique, les normes seraient ainsi chargées de la variation, les structures institutionnelles [...] de la sélection, et les structures dogmatico-conceptuelles de la rétention» (1989b : 82).

Dans ce cadre, nous concevons les théories de la peine comme des ensembles d'idées et de principes jouant un rôle hypothétiquement déterminant à tous les niveaux du processus évolutif du droit criminel 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.

Les théories de la peine de la première modernité ont par ailleurs participé—sur le plan cognitif, mais en servant de support aux pratiques¹⁰⁰—à la naissance du système de droit criminel dans sa forme proprement moderne. Vers la fin du XVIII^e siècle, à travers elles, le système s'auto-décrit comme un sous-système juridique différent des autres (droit civil, droit administratif) (Pires, 1998a). À travers les théories de la peine, le système se différencie, « communicationnellement », à l'intérieur même des frontières communicationnelles du système juridique général de la société. En ce sens, nous pouvons dire, en empruntant l'expression de Luhmann, que les théories de la peine sont en effet des « théories du système dans le système » (Luhmann, 1990a).

Ce processus de différenciation systémique n'est pas le propre du système juridico-pénal moderne. Historiquement, comme le fait remarquer Luhmann, on observe de façon typique

¹⁰⁰ Les théories de la peine, en tant que « philosophies pénales », pour reprendre les termes de Hogarth (1971 : 69), peuvent être conçues comme un « frame of reference around which decisions are made... ».

un processus tout à fait semblable dans tous les systèmes sociaux en quête d'émancipation ou d'autonomie:

With the help of this concept of a "theory of the system within the system" one can begin to realize that, in the process of the transformation of its societal system towards functional differentiation in the seventeenth and eighteenth centuries, European society began to formulate system-internal theories of this type in very different functional domains. This is true not only for large-scale systems like science, the economy and politics. The semantics of love¹⁰¹ also reflects the fact that lovers were guided by it (Luhmann, 1990a: 142).

Depuis la différenciation du système de droit criminel moderne, les théories de la peine de la première modernité participent à l'institutionnalisation d'un point de vue (particulier) du système sur lui-même. En faisant le lien avec notre problématique, on doit donc hypothétiquement considérer que les théories de la peine auront non seulement un mot à dire—et exerceront même une certaine autorité—dans la détermination des fondements du droit de punir, du pourquoi, comment, quand et qui punir, mais elles auront par ailleurs un mot à dire dans la réception, la sélection et la rétention/stabilisation de la sémantique des droits de la personne dans l'univers autonome du droit criminel moderne. D'où l'intérêt, pour nous, de bien investir théoriquement le concept de «théories de la peine» et d'indiquer clairement leurs enjeux en rapport avec notre problématique.

Nous allons concentrer notre analyse sur les théories qui ont, depuis les XVIII^e et XIX^e siècles et tout au cours de la première modernité, joué un rôle déterminant dans les processus de reproduction identitaire du système. Nous ferons donc référence ici aux théories qui ont valorisé la peine afflictive et qui ont mis l'accent, au premier plan, sur l'exclusion sociale du contrevenant (encore une fois, dissuasion, rétribution, dénonciation et réhabilitation dans le pénitencier) (Pires, 2007 : 11). Ces théories de la peine nous paraissent en effet profondément enracinées dans la culture juridico-pénale occidentale et seraient donc, selon Pires, à la fois les plus anciennes et les plus réitérées dans le système de droit criminel (Pires, 2008b).

¹⁰¹ Dans *Amour comme passion*, Luhmann prend comme ancrage empirique la littérature romanesque des XVII^e et XVIII^e siècles et procède à l'analyse du processus communicationnel de différenciation de l'amour. L'amour n'est pas traité comme un sentiment, mais bien comme un code de communication permettant notamment de distinguer la sémantique de l'amour de celle de l'amitié. Voir à ce sujet Luhmann (1990b).

Nous procéderons donc à la caractérisation de chacune de ces théories en mettant en relief leurs points de divergences et leurs points de convergence—ces derniers permettant de les concevoir théoriquement comme participant à la formation et à la stabilisation d'un même système de pensée dominant. Mais avant d'entrer dans ces considérations, nous allons traiter des problèmes reliés à l'observation sociologique du concept de «théories de la peine».

2.2.1 L'observation sociologique du concept de «théories de la peine»

On peut théoriquement concevoir les théories de la peine comme des ressources cognitives qui permettent au système d'observer, de faire sens de certains événements ou de certaines expériences. «To observe, dira Moeller, is to produce cognition» (2006 : 69). Bien ancré dans la théorie des systèmes, Moeller va plus loin: «through continuous operations of observation, a system constructs what it observes *and it constructs itself as an observation system*» (2006 : 69, notre souligné). On pourrait en ce sens considérer théoriquement que les «cadres de référence» (Goffman, 1974) que forment les théories de la peine permettent au système de construire non seulement la réalité, non seulement *sa propre réalité*¹⁰², mais de se construire lui-même en tant que réalité systémique ou en tant qu'observateur privilégiant un point de vue parmi tant d'autres possibles à l'intérieur des frontières communicationnelles du propre système. Dit autrement, par rapport au système de droit criminel, les théories de la peine sont venues à jouer le rôle de productrices et de reproductrices d'identité systémique : à travers elles, le système s'auto-décrit, il établit son rôle, détermine sa fonction, précise ses objectifs et les moyens qui pourront être légitimement—de son propre point de vue—privilégiés pour tenter de les réaliser (excluant tout autre moyen considéré comme non valable, inadéquat ou illégitime)¹⁰³. Ce faisant, il réitère sa différenciation et communique son

¹⁰² «Construction» pouvant être en tout temps, dans une société complexe fonctionnellement différenciée, contestée ou concurrencée par d'autres systèmes sociaux en référence à leurs propres constructions de sens.

¹⁰³ Les théories de la peine sont aussi appelées «doctrines pénales» (Pradel, 1989) ou «philosophies pénales» (Hogarth, 1971). Pour Pradel, les théories de la peine ou doctrines pénales « impliquent une conception globale du droit criminel et touchent donc tant au droit de fond qu'au droit de forme en s'efforçant de répondre aux grandes questions posées par eux deux. Le droit pénal doit-il être rétributif

identité précisant ce qu'il est—et du coup, ce qu'il n'est pas, voire ce qu'il ne «doit» pas devenir.

D'un point de vue théorique, les auto-descriptions identitaires qu'instituent les théories de la peine dans l'enceinte des frontières communicationnelles du droit criminel moderne ne doivent pas être évaluées ou jugées en fonction de leur correspondance plus ou moins adéquate avec la réalité. Elles ne nous informent pas sur ce qu'est le système, mais bien sur la manière dont le système, à travers elles, se perçoit lui-même comme «étant». Comme l'indique Luhmann, ces «self-descriptions are selectively simplified and thus fix themselves contingently within a certain range of other possibilities» (Luhmann, 1984: 457). Ce qui ne veut pas dire, suivant les enseignements de Thomas, qu'elles ne sont pas réelles dans leurs conséquences, car de fait, reconnaît Luhmann, «this fixing may influence the system's development» (Luhmann, 1984: 457).

En suivant Pires (2008b), nous rappelons que la sociologie dispose d'au moins cinq concepts pour caractériser les théories de la peine : (i) celui de «théories pratiques» de Durkheim (1922); (ii) celui de «théories de la réflexion» de Luhmann (1993); (iii) celui de «formations discursives» de Foucault (1969); celui de «vocabulaires de motifs» de Mills (1940) et celui de «cadres de l'expérience» de Goffman. Nous avons opté pour développer ici les quatre premiers sans faire pour l'instant un choix définitif sur l'un d'entre eux car les quatre nous ont été utiles pour saisir des aspects différents du concept de «théories de la peine». Par exemple, le concept de «théorie de la réflexion» nous a aidée à mieux saisir les théories de la peine comme des théories qui ont accompagné la différenciation cognitive du droit criminel moderne, celui de «théorie pratique» nous a aidée à mieux comprendre la relation entre les théories de la peine et l'exercice de détermination de la peine, etc.

À notre connaissance, Luhmann n'a pas spécifiquement traité des théories de la peine, mais il reconnaît dans les systèmes sociaux complexes l'influence de ce qu'il appelle des «théories de la réflexion» qui reproduisent des auto-descriptions qui permettent au système

ou "resocialisateur" ou bien encore les deux à la fois ? Le droit pénal doit-il avoir un caractère exceptionnel? » (Pradel, 1989 : 4-5). Ce ne sont là que quelques questions parmi bien d'autres.

de construire une représentation de lui-même en tant qu'unité systémique¹⁰⁴. En ce sens, et pour revenir à notre distinction de départ, «la réflexion du système est son auto-connaissance destinée à guider sa propre sélectivité» (Amado, 1993 : 120).

L'idée de concevoir les théories de la réflexion comme des guides de sélection nous permet de faire le lien avec la prochaine dimension conceptuelle : les théories de la peine sont en effet des «théories pratiques» (Durkheim, 1922), c'est-à-dire «des théories qui proposent [sans néanmoins déterminer] certaines pratiques» (Pires, 2008b : 5). Durkheim a construit le concept de «théories pratiques», développé dans le cadre d'une réflexion sur la pédagogie, pour indiquer ces théories qui se trouvent quelque part entre la science et la pratique¹⁰⁵. Pour Durkheim, les théories pratiques sont:

[...] des combinaisons d'idées, non des combinaisons d'actes, et, par là, elles se rapprochent de la science. Mais les idées qui sont ainsi combinées ont pour objet, non d'exprimer la nature des choses données, mais de diriger l'action. Elles ne sont pas des mouvements, mais sont toutes proches du mouvement, qu'elles ont pour fonction d'orienter. Si ce ne sont pas des actions, ce sont, du moins, des programmes d'action... (1922 : 69).

En ce sens, nous allons considérer que les théories de la peine sont à la fois des «combinaisons d'idées» et des «programmes d'action» (*ibid.*). Elles orientent l'acteur dans sa prise de décisions et interviennent donc sur le plan de l'action (ou de la sélection). Nous pouvons dire que les théories de la peine servent le système pénal de la même manière que la pédagogie sert le système de l'éducation : «elle y réfléchit en vue de fournir à l'activité de l'éducateur des idées qui le dirigent», (*ibid.*) elle permet dans une certaine manière de réfléchir «aux choses de l'éducation» (*ibid.* :71). Tout comme les théories de la peine, les théories pédagogiques sont, elles, «des manières de concevoir l'éducation, non des manières de la pratiquer» et elles peuvent même se distinguer des «pratiques en usage au point de s'y

¹⁰⁴ Comme l'explique Amado, les théories réflexives «ne se limitent pas à introduire une description externe de leur objet mais, en le décrivant, elles lui donnent forme. Elles sont un moment de l'"autopoiesis" du système» (Amado, 1993 : 120).

¹⁰⁵ Appartiennent à ce groupe aussi, selon Durkheim, les théories médicales et les théories politiques (Durkheim, 1922 : 69).

opposer» (*ibid.* : 59). Ce qui est important de retenir par rapport aux théories pratiques, c'est que :

Leur objectif n'est pas de décrire ou d'expliquer ce qui est ou ce qui a été, mais de déterminer ce qui doit être. Elles ne sont orientées ni vers le présent, ni vers le passé, mais vers l'avenir. Elles ne se proposent pas d'exprimer fidèlement des réalités données, mais d'édicter des préceptes de conduite. Elles ne nous disent pas : voilà ce qui existe et quel en est le pourquoi, mais voilà ce qu'il faut faire (Durkheim, 1922 : 67).

De cette même manière, les théories de la peine, en matière de sanctions, indiquent aux autorités les possibilités admissibles et non admissibles, les possibilités à privilégier par rapport à d'autres «possibilités possibles». Tout au long de la première modernité, les théories de la peine auront à cet égard contribué à «justifier la punition au sens fort et [à] faire obstacle aux mesures de rechange et aux philosophies d'intervention qui n'exigent pas l'obligation de punir» (Pires, 1998a : 10).

Il ne s'agit pas ici d'adopter une perspective déterministe et d'établir un lien de causalité directe entre les théories (de la peine) et les pratiques (le choix des sanctions). Il faut plutôt adopter une posture plus prudente sur le plan théorique et épistémologique en se contentant de dire que les théories de la peine, sans déterminer quoi que ce soit, fournissent néanmoins aux acteurs—notamment aux acteurs judiciaires—des raisons et des motifs permettant d'orienter et de justifier tout un ensemble de pratiques incluant celles qui se rapportent à la sélection et à la stabilisation de certaines sanctions au détriment d'autres qui seraient, d'un point de vue opérationnel, possibles.

Ceci dit, il faut tout de même reconnaître qu'en tant que discours «savants», ces théories de la peine rassemblent un certain nombre d'idées et établissent un certain nombre de principes qui jouissent d'une autorité particulière ne serait-ce que parce qu'ils ont été valorisés dans la durée (depuis des siècles) et ont fait l'objet d'une constance presque cristallisante¹⁰⁶ dans les modes de pensée du système de droit criminel. En d'autres termes,

¹⁰⁶ Luhmann y voit un trait typique des théories de la réflexion. Il les présente en effet comme des «*formulae for redundancy*», du fait d'offrir notamment «*seemingly compelling reasons for decisions*» (Luhmann, 1993 : 312-313).

bien qu'il existe, certes, d'autres idées et principes dans la variété du droit criminel moderne, les idées et principes protégés par les théories de la peine établissent, en paraphrasant Foucault, 1969 : 44¹⁰⁷, une « formation discursive » hégémonique, elles forment en matière de droit criminel, depuis le début de la modernité et jusqu'à ce jour, le « système de pensée » *dominant* du droit criminel moderne.

Pires (2008b) utilisera aussi—comme d'autres (notamment Melossi, 1992, et Lachambre, 2008)—la notion de « vocabulaires de motifs » qu'il emprunte à Mills (1940), pour décrire les théories de la peine. Pour Mills, « typical vocabularies of motives for different situations are significant determinants of conduct » (1940: 908). Il explique: « along with rules and norms of action for various situations, we learn vocabularies of motives appropriate to them » (*ibid.*: 909). Ces vocabulaires ne sont pas créés dans le contexte de la situation, ils se présentent à nous comme faisant intégralement partie du contexte situationnel dans lequel nous nous trouvons; en nous positionnant socialement dans un contexte particulier, des vocabulaires de motifs influencent nos actions et nos constructions de sens en ce qu'ils nous attirent vers des choix et des décisions qu'ils auront « pré-légitimés ». En ce sens, Mills dira que les « motives are accepted justifications for present, future, or past programs or acts » (*ibid.*: 907). Ainsi, les vocabulaires de motifs permettent d'articuler une analyse « of the integrating, controlling and specifying function that a certain type of speech fulfils in socially situated actions » (*ibid.*: 905).

Les vocabulaires de motifs se configurent dans un ordre proprement sociologique où il n'est plus considéré comme nécessaire d'évoquer « "psychological" terms like "desire" or "wish" as explanatory, since they themselves must be explained socially » (Mills, 1940: 906). En d'autres termes, les vocabulaires des motifs—tout comme les théories de la peine—

¹⁰⁷ Le parallèle avec la notion de « formation discursive » chez Foucault est intéressant. En effet, chez Foucault, la « formation discursive » n'est pas *un* « discours », mais plutôt le résultat du fait qu'un ensemble de discours, sur un objet précis, produit un ordre et un rapport de forces entre divers éléments constitutifs de l'ensemble. Ici, l'idée d'« ordre » et celle d'un rapport ou d'une interaction entre divers éléments constitutifs d'un même ensemble n'est pas sans rappeler les fondements même de la notion de « système ». Le rapprochement entre « formation discursive » et « système de pensée »—notion qui par ailleurs apparaît aussi chez Foucault—n'est donc pas nécessairement forcé ni sans intérêt sur le plan heuristique.

bien qu'ils dépendent du support communicationnel des acteurs pour se reproduire, se voient reconnaître néanmoins une existence propre, autonome et stable qui fait en sorte que même du point de vue analytique, il faut les traiter comme des réalités institutionnelles et non pas comme des réalités subjectives (*ibid.*).

Un individu, agissant dans le cadre de son rôle institutionnel, peut défendre un point de vue qui lui paraît *personnellement* inadmissible. Il peut personnellement douter de la dissuasion, dénigrer l'aspect vindicatif de la rétribution, mais les vocabulaires des motifs institutionnellement reconnus lui suggéreront tout de même—par exemple, dans son rôle de juge ou de procureur—de mettre de côté sa propre subjectivité pour considérer les motifs institutionnellement acceptés. En matière de droit criminel, les vocabulaires de motifs qu'instituent les théories de la peine ont reçu l'«approbation» du système; celle de l'acteur devient non pertinente, du moins, du point de vue du système. Nous y reviendrons.

2.2.2 Les différentes théories de la peine

Jusqu'ici, nous nous sommes référée aux théories de la peine comme un système d'idées unifié. Nous allons maintenant nous attarder à présenter individuellement chaque théorie. Il sera donc question, dans l'ordre, de la théorie de la rétribution (2.2.2.1), de la théorie de la dissuasion (2.2.2.2), de la théorie de la dénonciation (2.2.2.3) et finalement, nous terminerons avec quelques considérations générales sur la théorie de la réhabilitation en milieu fermé (2.2.2.4). À l'exception de la théorie de la dénonciation qui ne sera stabilisée que dans la deuxième moitié du XXe siècle, toutes les autres ont été institutionnalisées et stabilisées dans le courant de la première modernité, soit entre 1750 et 1950. Toutes ces théories continuent aujourd'hui d'influencer nos manières de concevoir le crime, la peine et le rôle du droit criminel dans la société. Et toutes peuvent, à leur manière, nous permettre de mieux comprendre les influences qu'elles ont pu exercer, ensemble ou séparément, sur les modalités contemporaines de la mise en forme des droits de la personne dans l'ordre juridique du droit criminel.

2.2.2.1 La théorie de la rétribution comme vocabulaire de motifs pour punir

En tant que théorie de la peine du droit criminel *moderne*, le rétributivisme¹⁰⁸ est associé de façon classique aux travaux d'Emmanuel Kant. Malgré le fait que celui-ci ait peu écrit sur la philosophie pénale, «ce qu'il a dit de la peine criminelle a eu une influence majeure sur notre système de pensée en matière pénale», au point où «bon nombre d'interprètes semblent croire, à tort ou à raison, que sa théorie de la peine constitue la principale alternative aux théories utilitaristes» (Pires, 1998c : 147).

Suivant le vocabulaire des motifs que nous propose cette théorie, on sera amené à considérer le droit de punir en termes d'*obligation* : «la loi pénale est un impératif catégorique» (Kant, 1797 : 178). Le pouvoir de punir implique non seulement le *droit-autorisation* de punir, mais bien le *droit-devoir* de punir. L'impératif est d'ordre moral car la non application du châtement signifie «la corruption de tout un peuple» (Kant, cité dans Pires, 1990 : 450).

Le crime est représenté comme une offense dirigée contre la Moralité ou contre un idéal de Justice suprême. Seule l'autorité publique de l'État, en tant que digne représentant et défenseur de cette Moralité, est légitimement investie du pouvoir de punir. En ce sens, seule la peine étatique peut réparer les «torts» ou les entorses que le crime a pu causer dans l'équilibre de la Moralité.

De dire ainsi que le mal du crime exige ou nécessite un mal correspondant qui ne peut être administré que par la peine de l'État implique forcément que les autres modes de résolution de conflits ne sont pas considérés comme suffisants pour satisfaire les exigences de la Moralité. En ce sens, la conciliation entre la victime et le délinquant, le dédommagement, la réparation, sont des modes alternatifs de résolution de conflits qui ne recevront aucun support cognitif dans les vocabulaires de motifs de la théorie de la rétribution. Le mode civil

¹⁰⁸ Pour une analyse beaucoup plus développée de cette théorie, voir entre autres Pires et Acosta (1994), Pires (1990; 1998c: 147-205). La théorie rétributiviste telle que laïcisée par Kant peut être observée néanmoins comme étant une dérivation de la théorie rétributiviste religieuse de St-Anselme au 11^e siècle (Berman, 1983; Pires, 2009).

de résolution des conflits est exclu (Pires et Acosta, 1994 : 14). La théorie est «particulièrement réfractaire au dédommagement, et aux sanctions communautaires en général» (Pires, 1990 : 458). La théorie rétributiviste est une des théories qui a ainsi contribué à séparer de façon claire le droit civil du droit criminel, une séparation qui, comme le dit Parker, est tout à fait «artificielle», mais reste néanmoins centrale dans notre façon de concevoir le crime, comme si elle était devenue «naturelle» (Parker, 1933 : 117).

Par ailleurs, en situant les fondements du droit de punir sur le plan de la Moralité ou de la Justice suprême—notions métaphysiques ou du moins hautement abstraites chez Kant—la théorie de la rétribution nous éloigne de deux réalités plus concrètes : celle de la victime et celle du délinquant. La théorie de la rétribution n'est pas cognitivement structurée pour prendre en considération ou pour se soucier concrètement ni de l'un ni de l'autre : elle ne se soucie ni de réparer les dommages subis par la victime à cause du crime, ni de prévenir ceux que le délinquant pourra subir à cause de la peine. Ce qui importe, ce n'est ni de prévenir le mal, ni même « de *défaire* un mal » (Pires, 1990 : 452), mais bien d'expier *rétroactivement* les offenses aux valeurs suprêmes de la Moralité ou de la Justice.

Le mot « rétroactif » est important. La théorie rétributiviste de Kant n'admet en effet que le passé comme temporalité justificative de la peine. Le présent et le futur sont exclus des principes de détermination de la peine. Par exemple, la peine rétributive ne peut viser la dissuasion du coupable ou celle d'autres individus: la peine ne vise qu'à «restaurer l'équilibre social rompu par le comportement du transgresseur» (Pires, 1990 : 446).

Les fondements de cette temporalisation stricte sont de nature philosophique et non pas de nature pratique ou utilitariste. Que la peine puisse réhabiliter, qu'elle puisse dissuader, Kant l'envisage comme une possibilité, mais non comme une fonction que doit assumer la loi pénale. La fonction ne peut être que l'expiation du mal car toute autre fonction ou objectif impliquerait une forme d'instrumentalisation de l'individu. Or, l'individu, même coupable, conserve la dignité de l'homme honnête et «ne doit jamais être traité comme un pur moyen au service des fins d'autrui» (Kant, 1797 : 177). Kant insiste et précise :

[...] la peine juridique [...] ne peut jamais être décrétée simplement comme un moyen d'arriver à un bien, soit au profit du criminel lui-même, soit au profit de la société civile; on ne doit jamais la lui appliquer que *parce qu'il s'est rendu coupable* (Kant, 1797: 177).

Le délinquant s'est mérité les foudres de la loi parce qu'il s'est rendu coupable du crime. Dans l'imaginaire de Kant, en punissant le hors-la-loi, non seulement l'État lui fait-il expier le mal illégitime, mais si l'État ne le condamne pas à la peine de mort (en l'excluant définitivement de la vie sociale), il replace le coupable dans la position sociale d'un citoyen ordinaire. Pistor reprend la même idée :

Pour lui faire recouvrer sa position sociale, on efface le mal qu'il a fait par le mal qu'il doit subir et qui doit n'être que la réaction contre son premier acte (Pistor, 1835 : 421).

Par ailleurs, le mal de la peine étatique est juste et bon dans la mesure où il se réfère à la Moralité suprême et dans la mesure où il respecte les conditions de la proportionnalité kantienne. La citation suivante, qui reprend ici les termes de Kant, montre bien qu'il s'agit en fait d'un principe idéal d'égalité parfaite :

Mais quel principe et quelle mesure la justice publique doit-elle suivre pour déterminer l'espèce et le degré du châtement? Il n'y en a pas d'autres que le principe de l'égalité (figuré par la position de l'aiguille dans la balance de la justice) qui consiste à n'incliner par plus d'un côté que de l'autre (Kant, 1797: 178).

Le mal de la peine est juste et bon dans la mesure où il est parfaitement égal au mal qu'a pu représenter le crime. En deçà du mal criminel, le mal de la peine est insuffisant pour rééquilibrer l'ordre de la Moralité. Au-dessus du mal causé par le crime—et Kant s'oppose ici à la théorie de la dissuasion—le mal de la peine devient illégitime en ce qu'il réintroduit, à côté du crime, un autre mal immérité, une nouvelle offense dans l'ordre de la Justice suprême.

Suivant ce principe, non seulement le mal de la peine doit-il être égal à celui que représente le crime commis, mais il doit aussi être de même nature. Ici, pour Kant, le cadre de référence est une certaine interprétation (la sienne) de la loi du talion : oeil pour oeil, dent pour dent. Pour Kant, «si tu outrages un autre d'entre le peuple, tu t'outrages toi-même; si tu

le frappe, tu te frappe toi-même; si tu le tues, tu te tues toi-même» (Kant, 1797: 178). La peine doit donc, dans sa nature, correspondre au mal causé et elle doit représenter de façon symétrique le plus possible ce mal (Pires, 1990 : 453-455).

Dans sa nature, comme l'explique Pires, «pour Kant, la sanction pénale doit être stigmatisante, afflictive, voire humiliante en elle-même» (Pires, 1990 : 452). On retrouve ainsi dans la théorie rétributiviste un vocabulaire de motifs privilégiant la peine afflictive, voire une certaine correspondance de nature entre le crime et la peine. C'est pour cette raison que Kant va valoriser la peine de mort pour le meurtre.

La combinaison de ces principes que l'on retrouve encore aujourd'hui au fondement même de la théorie rétributiviste fait en sorte que la modération dans la détermination de la peine prend un «caractère hautement problématique» (Pires et Acosta, 1994 : 12). Par conséquent, nous pouvons faire l'hypothèse que toute référence à la théorie de la rétribution dans les processus de détermination de la peine aura un effet d'inhibition par rapport à l'impact potentiellement modérateur des droits de la personne dans l'enceinte du droit criminel, et plus particulièrement sur le plan des normes de sanction.

2.2.2.2 La théorie de la dissuasion comme vocabulaire de motifs pour punir

La théorie de la dissuasion est reliée de façon étroite au nom de Cesare Beccaria (et à d'autres utilitaristes comme Jeremy Bentham) qui, au XVIIIe siècle, a joué un rôle déterminant dans la critique du droit de l'Ancien Régime et la définition de principes juridico-pénaux proprement modernes.

Avec la publication de *Des délits et des Peines*, Beccaria propose une nouvelle approche de la pénalité (Badinter, 1991 : 21). Il dénonce les supplices pour leur barbarie et leur inutilité et propose, comme sanction alternative (à l'époque), la peine privative de liberté qui lui paraît non seulement plus humaine et plus respectueuse des limites que le Contrat social institue par rapport au droit de punir étatique, mais aussi plus efficace ou plus utile en ce qui a trait à la dissuasion. Il dira en effet que :

Le frein le plus puissant pour arrêter les crimes n'est pas le spectacle terrible mais momentané de la mort d'un scélérat, c'est le tourment d'un homme privé de sa liberté, transformé en bête de somme et qui paie par ses fatigues le tort qu'il a causé à la société (Beccaria, 1764 : 128).

Dans cette optique, pour Beccaria, on comprend que «le but des châtements ne peut être [...] que d'empêcher le coupable de causer des nouveaux dommages à ses concitoyens et d'en dissuader les autres d'en commettre des semblables» (Beccaria, cité dans Pires, 1998b : 116). Il s'oppose toutefois aux disproportions qui caractérisent à son époque la sévérité des châtements corporels qu'avaient proposés les penseurs de la doctrine de la sévérité maximale en poursuivant l'objectif de la dissuasion générale. Selon Beccaria, l'efficacité de la dissuasion dépend davantage de la certitude de la peine que de sa sévérité. La certitude de la peine implique donc une obligation pratique de punir : la peine, pour dissuader, doit être certaine, toute forme d'incertitude va à l'encontre de la dissuasion et compromet ainsi la protection de la société. Les modes de résolution de conflits qui ne répondent pas aux exigences de la dissuasion relèveront donc de l'impunité et seront par conséquent discrédités¹⁰⁹. La position de Beccaria sur la question du pardon illustre clairement cette limite.

Montrer aux hommes qu'on peut pardonner les fautes et que le châtement n'en est pas la conséquence nécessaire, c'est faire naître en eux l'espoir de l'impunité et leur donner à penser, puisque le pardon est possible, qu'une condamnation est un acte de force plutôt qu'un acte de justice (Beccaria, 1764 : 178).

Or, à une époque où les juges et les magistrats se rebutent devant la sévérité extrême des supplices et où ils développent des stratégies pour contourner la loi—soit en ordonnant des peines moins sévères ou en acquittant carrément des personnes techniquement coupables—l'«incertitude» de la peine apparaît comme un problème de fond. Il faudra non seulement limiter le pouvoir discrétionnaire des juges, les obliger à appliquer la loi du Législateur, mais

¹⁰⁹ L'exclusion des modes alternatifs de résolution de conflits concerne aussi les sanctions du droit civil. Beccaria aura en effet lui aussi reproduit le postulat d'une distinction identitaire entre le droit pénal et les autres branches du droit. Il a «pensé le pénal comme un domaine de régulation juridique qui était et devait rester profondément distinct des autres formes juridiques» (Pires, 1998b : 94; Pires et Acosta, 1994 : 14-19).

il faudra aussi prévoir des peines plus modérées que les acteurs judiciaires pourront ordonner avec moins de scrupules. Il faudra donc choisir des peines plus « humaines » et qui, dans un rapport de proportionnalité, correspondent davantage à la gravité du crime. Il y a cependant un seuil en dessous duquel on ne peut descendre. Ce seuil minimal est établi par le critère de l'efficacité de la dissuasion. En ce sens, nous dit Beccaria, il faut choisir des peines plus modérées, certes, mais qui demeurent dissuasives, «il faut choisir des peines et une manière de les infliger 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» (Beccaria cité par Pires, 1998b : 116).

La peine privative de la liberté apparaît alors comme la voie du progrès tant sur le plan humain que sur le plan pratique. La prison permet de punir plus humainement et de manière peut-être même plus efficace que les supplices ou la peine de mort. Sur la question de la peine de mort, Beccaria sera l'un des premiers à fournir les arguments à la fois philosophiques et pragmatiques permettant de s'y opposer. La peine de mort lui paraît philosophiquement injustifiée en vertu des limites qu'institue le Contrat Social au niveau du droit de punir : le contrat social, formé des plus petites portions de libertés individuelles que les individus auraient consenti à abandonner au profit du bien commun, ne peut concevoir, philosophiquement, qu'un individu ait pu engager dans ce contrat la possibilité qu'on lui retire la vie. Par ailleurs, au niveau plus pragmatique, la peine de mort est considérée comme injustifiée parce que non nécessaire à la dissuasion. Une peine perpétuelle de privation de la liberté est investie d'une souffrance dissuasive qui permet de favoriser autant la dissuasion spécifique que la dissuasion générale et ce, sans que l'on doive ni s'abaisser à la «mauvaise» cruauté des châtiments corporels, ni transgresser les interdits philosophico-contractuels qui nous empêchent de mettre à mort.

Ainsi, la peine perpétuelle, contrairement à la peine de mort, «place la souffrance dans la dimension temporelle» et permet de la concevoir comme une « ''bonne cruauté'' » (Pires et Garcia, 2007 : 330). Du coup, elle fait « triompher la cause de l'humanité par opposition à la peine de mort qui fait un usage trop intense de la cruauté physique, ce qui la transforme en mauvaise cruauté (*ibid.*). Ici, si la souffrance n'est plus valorisée sur le plan physique ou

corporel, elle le demeure sur le plan psychologique—en ce que la peine privative de liberté s’attaque à l’esprit du coupable, à l’âme du condamné, plus qu’à son corps (Foucault, 1975). En effet, dans la théorie de la peine de Beccaria, la souffrance est une condition *sine qua non* de la dissuasion. Si le but de la peine est d’empêcher le coupable ou toute autre personne de commettre des actes contraires à la loi, la peine doit pouvoir se constituer comme un obstacle déterminant dans le processus décisionnel subjectif. Ici, dans cette théorie de la peine, «l’individu est représenté comme un être rationnel qui oriente son comportement en fonction d’un calcul coûts/bénéfices» (Dubé, 2008 : 46). Bien qu’on ait insisté sur le principe de la certitude de la peine, on n’a pas pour autant évacué celui de la sévérité. En effet, la peine, conceptualisée comme *coût*, doit être suffisamment sévère pour surpasser les *bénéfices* associés au passage à l’acte¹¹⁰. Pour les utilitaristes, la «proportionnalité sera vue comme une sorte d’échelle de gravité de l’ensemble des crimes et des peines dans un corpus législatif» (Pires, 1998b : 138). Selon Beccaria :

Si un châtement égal frappe deux délits qui portent à la société un préjudice inégal, rien n’empêchera les hommes de commettre le délit le plus grave des deux, s’il s’accompagne pour eux du plus grand avantage (Beccaria, cité par Pires, 1998b : 139).

En tout temps, l’individu est considéré comme capable d’arbitrer librement les options qui s’offrent à lui, d’anticiper les bénéfices de même que les désavantages de ses actes, de les mettre en relation les uns par rapport aux autres, et d’ajuster en conséquence la trajectoire de son comportement (Pires, 1998b : 118). Et dans le déploiement de cette rationalité « conséquentialiste », la peine assurément certaine *et* suffisamment sévère peut et se doit de jouer un rôle déterminant. Et si elle devait néanmoins échouer, il faudra se garder de la remettre en question car, du point de vue de la théorie, «ce n’est pas [là] la preuve que son hypothèse est fautive [...], mais [plutôt le signe] que la peine n’est pas assez sévère» (Pires, 1998 : 143).

Si la théorie du contrat social de Beccaria institue certaines limites importantes dans la conception du droit de punir étatique, sa théorie de la peine, quant à elle, réintroduit tout un

¹¹⁰ Pires critique cet aspect de la théorie en disant qu’il s’agit de l’influence sur la théorie d’une «psychologie associationniste simpliste» et d’une survalorisation de l’effet obstacle produit par la peine criminelle (1998b : 127-128).

vocabulaire de motifs permettant de réitérer l'importance pratique et symbolique de la souffrance. Et en ce sens, Pires et Acosta auront sans doute eu raison de remettre en question le caractère soi-disant «révolutionnaire» de l'œuvre de Beccaria, du moins en ce qui a trait au droit de punir¹¹¹ :

De l'œuvre de Beccaria, on s'en souvient bien, c'est davantage la dimension *politique* qui a été retenue comme étant son trait le plus marquant, au détriment de sa dimension *juridico-pénale*. Il n'est donc pas du tout improbable, au contraire, qu'en mettant l'accent sur son importance en tant que manifeste contre les atrocités de la justice de l'Ancien Régime on ait fini par coiffer la totalité de sa théorie de la peine d'une auréole de modération pour le moins discutable (Pires et Acosta, 1994 : 13).

En somme, on voit bien, ici, comment la théorie de la dissuasion peut facilement nous entraîner dans une escalade de sévérité à peine contrôlée par les limites philosophiques du Contrat social. On voit bien aussi comment il sera difficile, voire impossible dans ce cadre et tirant profit de nos considérations, de motiver un principe de modération cognitivement supporté par la sémantique des droits de la personne. Tout indique en effet que l'utilitarisme pénal de Beccaria aura davantage tendance à motiver l'affliction et l'exclusion sociale qu'à considérer sérieusement les droits de la personne comme principe de modération pénale. Sur ce point, la théorie de la dissuasion ne se distingue de la théorie de la rétribution: elle est, elle aussi, incapable «d'appuyer une réflexion alternative axée sur le principe de la modération, sur la recherche de mesures de rechange aux peines classiques ou encore sur le principe de la 'ultima ratio' en matière répressive» (Pires et Acosta, 1994 : 32).

2.2.2.3 La théorie de la dénonciation comme vocabulaire de motifs pour punir

La théorie de la dénonciation, comme théorie à part entière, est plus tardive que les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réhabilitation en prison. En effet, elle

¹¹¹ Pires défend que la théorie de la peine criminelle chez Beccaria est en contradiction avec sa théorie du fondement du droit de punir, laquelle par exemple insistait énormément sur le principe selon lequel le droit pénal ne devrait être utilisé qu'en dernière instance. Pour un examen approfondi de la possibilité de décrire deux théories différentes et quelque peu incompatibles chez Beccaria, voir Pires, 1998b : 85-143).

n'émerge comme théorie autonome¹¹² dans certains textes juridiques et philosophiques que dans la deuxième moitié du XIX^e siècle (Lachambre, 2008). Cependant, cette théorie ne sera sélectionnée par les communications de la philosophie du droit, de la doctrine juridique et de la jurisprudence qu'au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle. Dans les derniers développements de ses travaux, suivant les contributions de Lachambre (2008) sur ce sujet, Pires a inclus la dénonciation comme une théorie de la peine autonome et faisant partie du système d'idées dominant de la rationalité pénale moderne (2007 : 11). Selon Pires, Lachambre «a mis au clair la nécessité de décrire cette théorie de la peine comme une théorie indépendante et complète depuis le XIX^e siècle» (Pires, 2007 : 11). Nous suivons la même voie : la théorie de la dénonciation, aussi nommée «théorie de la prévention positive» sera observée comme une des théories de la peine participant à la rationalité pénale moderne.

S'il est clair que la paternité de cette théorie peut être attribuée à James Fitzjames Stephen, certains auteurs croient, à tort ou à raison, pouvoir se référer à Durkheim comme précurseur symbolique de cette théorie. Rychlak et Lachambre décrivent ainsi les caractéristiques de la théorie de la dénonciation:

The denunciation theory of punishment says that those who disobey criminal laws should be held up to the rest of society and denounced as violators of the rules that define what the society represents. This theory holds that society will not tolerate this conduct, regardless of any future deterrent effect (or lack thereof) (Rychlak: 1990: 331).

La théorie de la dénonciation demande à l'autorité d'exprimer blâme ou indignation, par l'imposition d'une peine, à tout le moins parce que c'est une manière d'exprimer énergiquement la désapprobation du crime. La sévérité de la peine est liée à l'ampleur du blâme ou de l'indignation que la société veut exprimer face à ce comportement criminel; l'ampleur de ce blâme est conséquemment déterminée en fonction de l'opinion publique (Lachambre, 2008 : 2).

La théorie de la dénonciation met ainsi l'accent sur une peine afflictive qu'elle considère nécessaire pour pouvoir «exprimer» la réprobation à l'égard du crime. Par ailleurs, la sévérité de cette peine doit être déterminée en relation avec le degré de réprobation de «l'opinion

¹¹² Comme le signale Rychlak, «Denunciation, when identified by commentators, is often grouped with the retributive theory of punishment» (1990: 332). Cette théorie est aussi confondue avec la théorie de la dissuasion (1990: 332).

publique» à l'égard de chaque type de crime. La peine n'a pas à être dissuasive ni réhabilitative : ce n'est pas sa fonction première.

La théorie de la dénonciation présente l'effet qu'elle dit produire comme étant un «effet symbolique». Cependant, on ne sait pas au juste ce que le mot «symbolique» signifie ici puisque la théorie accepte et légitime des peines *concrètement* très sévères à l'égard des coupables. Certains auteurs, comme Rychlak, soutiennent que la théorie de la dénonciation se distingue des autres théories de la peine par le fait de ne pas définir la fonction de la peine par rapport aux criminels, mais bien par rapport aux membres de la société qui agissent conformément aux règles de droit : «denunciation deals with criminal law's impact on the law-abiding segment of society» (1990 : 333).

Dans ce cadre, la peine (afflictive) est représentée comme un indicateur du bon fonctionnement du système : «the most important aim of the denunciatory theory (...) is to reassure the majority of society that the system does work» (Rychlak, 1990: 332). On voit bien comment elle valorise la redondance et comment elle apparaît comme un obstacle cognitif à l'innovation. Pour la théorie, dans sa version la plus orthodoxe et la plus répandue, le système fonctionne à partir du moment où il dénonce et il dénonce lorsqu'il ajuste la sévérité de la peine à l'opinion publique ou à au degré de réprobation de l'opinion publique.

Ceci dit, pour remplir sa fonction, la peine doit non seulement réprimer le crime, mais elle doit le faire avec une force adéquate. Le principe de modération dans l'application des peines cède le pas devant la nécessité de réprimer d'une manière qui corresponde aux attentes de la conscience collective.

Ainsi, pour la théorie de la dénonciation, le *degré de réprobation* à l'égard d'un comportement est intimement et nécessairement relié au *degré de répression* à utiliser par l'autorité. Comme le souligne Feinberg, «condemnation is expressed by hard treatment, and the degree of harshness of the latter expresses the degree of reprobation of the former» (1981: 34). En ce sens, Pires aura raison de dire que la théorie de la dénonciation ne distingue pas entre *répression* et *réprobation*, qu'elle est centrée sur l'idée de «réconforter» le public et

qu'elle est aussi une théorie (2007 : 12) qui n'offre aucun outil pour amoindrir la «souffrance» infligée au coupable.

Cet aspect d'intensité répressive de la théorie de la dénonciation, déjà présent au XIX^e siècle, peut sans doute être mis en rapport avec certains phénomènes contemporains, notamment avec celui de «la judiciarisation de l'opinion publique et du public par le système pénal» (Pires, 2001a : 194). De plus en plus, on l'a dit, le public semble devenir une référence interne du système de droit criminel. Il semble faire partie des critères à considérer lors de la prise de décisions en matière de sanction. Dans ce cadre où «le public cesse d'être alors un simple destinataire de la norme juridique, ou encore un aspect de l'environnement du système pénal, pour devenir à la fois une sorte de critère et de prolongement interne de ce système» (Pires, 2001a : 194-195), il n'est pas trop aventureux de penser que la théorie de la dénonciation ait pu servir de point d'ancrage au développement de cette nouvelle tendance. Par la valorisation de cette théorie, le système de droit criminel «s'auto-décrit de plus en plus comme un média qui doit envoyer des "messages clairs, limpides et sans équivoques" à son public (...) où "être clair" signifie frapper fort"» (Pires, 2001a : 198).

Nous nous attendons, par rapport à la recherche empirique, à ce que les références—implicites ou explicites—à la théorie de la dénonciation puissent contribuer aux tendances indiquées par ces transformations. Nous aimerions, si l'empirie le permet, approfondir dans ce cadre le lien établi par cette théorie entre l'«opinion publique», la «confiance du public» et les peines sévères.

En terminant, bien que la théorie de la dénonciation et la théorie de la rétribution n'instituent pas les mêmes vocabulaires de motifs, elles demeurent, l'une et l'autre, pour des raisons différentes, des obstacles à la possibilité de modération pénale soutenue par la sémantique des droits de la personne.

2.2.2.4 La théorie de la réhabilitation comme vocabulaire de motifs pour punir

En ce qui concerne la théorie de la réhabilitation, bien qu'on ait pu s'inspirer de certains penseurs—notamment de John Howard—pour la constituer, on ne peut pas pour autant la rattacher à la pensée d'un père fondateur en particulier. La théorie de la réhabilitation se constitue plutôt progressivement, à partir d'idées diffuses mises de façon contingente en relation les unes avec les autres et qui prendront finalement la forme d'une théorie autonome, différente sur plusieurs points des autres théories de la peine.

Les idées fondatrices de cette théorie doivent être comprises dans leur contexte d'émergence, c'est-à-dire, temporellement, le contexte historique de la fin du XIXe siècle, et spatialement, le contexte institutionnel du pénitencier. En effet, à la fin du XIXe siècle, plusieurs de ses principes fondateurs apparaîtront, par exemple, dans un texte intitulé «A Declaration of Principles» (1870), produit dans le cadre des travaux du National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline¹¹³ (reproduit dans Gross et von Hirsch, 1981 : 52-56)¹¹⁴. Dans ce texte, « there is a succinct yet comprehensive ideological statement of modern rehabilitative penology» (Gross, 1981: 44).

De façon très succincte, cette théorie met de l'avant la réhabilitation du détenu comme le fondement du droit de punir. Pires distingue cependant deux théories de la réhabilitation, celle de la première modernité (qui est et demeure centrée sur le pénitencier comme cadre institutionnel nécessaire à la réhabilitation) et celle de la deuxième modernité qui émerge plus tard, soit à partir des années 1960—en raison d'une critique de la prison—et qui va pour sa part introduire l'idée que la réhabilitation peut être aussi bien sinon mieux servie lorsqu'elle est conçue à l'extérieur des murs du pénitencier, soit en milieu ouvert, où l'individu évolue au contact de la communauté¹¹⁵.

¹¹³ Dorénavant aussi NCPRD.

¹¹⁴ Je remercie mon collègue Sébastien Lachambre d'avoir attiré mon attention sur ce texte.

¹¹⁵ Pour un développement plus détaillé des caractéristiques de la théorie de la réhabilitation de la deuxième modernité, voir Dubé (2008 : 52-57).

Dans le cadre de cette recherche, nous allons essentiellement, pour notre part, nous concentrer sur la théorie de la réhabilitation de la première modernité. Privilégiant l'exclusion sociale du délinquant, c'est elle qui en effet représente un obstacle à la possibilité d'une réception «positive» et modératrice des droits de la personne en matière de droit criminel.

En intégrant la théorie de la réhabilitation dans les considérations relatives à la détermination de la peine, le système opère alors une complexification interne des vocabulaires des motifs : l'intervention ne se justifie plus strictement par l'obligation de punir le coupable, elle se justifie également par la possibilité de le réformer. Le pénitencier devient le lieu de châtement et lieu de traitement. Tout au long de la première modernité, et encore aujourd'hui, la théorie nous représente le pénitencier comme un milieu fermé, contrôlé, surveillé et donc propice à la réforme des individus, que ce soit par l'observation stricte du silence, la pénitence cellulaire, la mise au travail, l'apprentissage de la discipline, la formation scolaire, professionnelle et personnelle, etc. Mais en conséquence des objectifs poursuivis—lesquels, contrairement à la rétribution ou à la dénonciation, ne peuvent jamais être atteints dans l'immédiat, mais nécessitent au contraire le passage du temps—la théorie de la réhabilitation aura tendance à considérer favorablement l'usage de peines indéterminées. Le NCPRD insiste:

Reformation is a work of time; and a benevolent regard to the good of the criminal himself, as well as to the protection of society, requires that his sentence be long enough for reformatory processes to take effect (NCPRD, 1870¹¹⁶).

L'argument s'inscrit parfaitement dans la perspective de la défense sociale, telle que défendue par l'École positive italienne, qui suggérait, en l'occurrence, que la peine soit déterminée non pas en fonction de la gravité du crime commis, mais en fonction de la dangerosité de l'individu. Tant et aussi longtemps que l'individu pourra être considéré comme dangereux, c'est-à-dire à risque de récidiver, la contrainte institutionnelle est

¹¹⁶ «A Declaration of Principles» (1870), texte produit dans le cadre des travaux du National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline, dans Gross et von Hirsch, 1981 : 54.

légitime; légitime *parce que nécessaire* à la protection de la société. Et en ce sens, «the treatment of criminals by society is for the protection of society» (NCPRD, 1870¹¹⁷).

Par rapport à ces considérations, bien que sur le plan théorique l'on admette que «the supreme aim of prison discipline is the reformation of criminals, not the infliction of vindictive suffering» (NCPRD, 1870¹¹⁸), on doit en même temps reconnaître que concrètement, la théorie de la réhabilitation n'introduit pas de rupture paradigmatique dans ce qui avait été considéré comme important par les autres théories de la peine : l'exclusion sociale demeure valorisée. Elle partagerait donc avec les autres théories le même «programme d'action». Quant à l'affliction, si la théorie de la réhabilitation ne la préconise pas en soi, elle ne la dénonce pas non plus. Sa relation à la souffrance—notamment à celle induite par l'exclusion sociale prolongée—en est plutôt une qui se présente sous le mode de l'indifférence. À cet égard, Dubé remarque que :

Même si la souffrance n'est pas—comme elle peut l'être pour la théorie de la dissuasion—valorisée en tant que telle par la théorie de la réhabilitation de la première modernité, elle n'est pas non plus conçue comme un obstacle à la réhabilitation de l'individu ni posée en soi comme une limite intrinsèque à la survalorisation de l'exclusion sociale. Pour cette théorie, la souffrance de l'individu se dissimule dans l'angle mort d'un principe d'exclusion obligatoire (Dubé, 2008 : 205).

Là où on peut toutefois reconnaître, non pas une rupture paradigmatique, mais à tout le moins une différence significative par rapport aux autres théories de la peine, c'est à propos de l'argumentation qui sous-tend la nécessité de l'exclusion sociale : l'exclusion n'a pas pour but de faire souffrir, elle a pour but de créer un espace protégé (notamment des influences négatives de l'environnement ou du milieu de vie de l'individu) à l'intérieur duquel on tentera de mettre l'individu en relation avec des influences positives, c'est-à-dire de mettre à la portée de l'individu une panoplie de «services» susceptibles de favoriser sa transformation. On peut donc la concevoir comme proposant de nouvelles «combinaisons d'idées». En d'autres termes, contrairement à la théorie de la dissuasion, la privation de la liberté ne vise pas à tourmenter l'esprit de l'individu, bien au contraire, elle vise pour lui la

¹¹⁷ *Ibid.*: 52.

¹¹⁸ *Ibid.*

production d'un bien. Déjà à la fin du XIX^e siècle, au moment même où la théorie de la réhabilitation connaît ses premières émergences, la distinction est perceptible chez les observateurs contemporains, comme l'indiquent ici les propos de Carrara : « *Punir*, signifie causer un *mal*. *Amender, instruire, élever* signifie procurer un très grand *bien*» (Carrara, 1876 : 334).

En ce sens, vis-à-vis du délinquant, le vocabulaire des motifs qu'institue la théorie de la réhabilitation se présente avec beaucoup moins d'hostilité que n'ont pu le faire d'autres théories beaucoup plus guerrières (rétribution, dénonciation, dissuasion). Comme le dit si bien Hart, «punishment entails suffering and Reform does not» (Hart, 1981 : 21).

Ceci dit, l'originalité relative de la théorie de la réhabilitation va susciter la controverse. À partir de la deuxième moitié du XX^e siècle et de façon plus aiguë dans doute dans les années 1970, les critiques viennent de tous les côtés : des observateurs qui s'étaient définis comme «progressistes» et qui avaient contesté la tradition répressive du système pénal¹¹⁹ vont lui reprocher son penchant pour les sanctions carcérales indéterminées; des observateurs plus «conservateurs», privilégiant le mal rétributiviste ou le mal dissuasif, vont lui reprocher ce qu'ils auront perçu comme un excès d'«empathie» envers le délinquant induisant une déviation dangereuse par rapport à la nécessité de protéger la société¹²⁰.

Fait étonnant, dans ce débat, les uns et les autres, «progressistes humanistes» et «conservateurs répressifs» vont trouver le moyen de se rejoindre, non pas tant sur le fond de

¹¹⁹ Garland défend la thèse que l'idéal réhabilitatif est en crise, une crise amorcée dans les années 70 : «from the late 1970s onwards, an astonishingly sudden draining away of support for the ideal of rehabilitation. This change of heart occurred first and most emphatically among academics, but eventually, and with more misgivings, it also affected the aspirations of practitioners, the practical reasoning of policy-makers and the expectations of the general public» (Garland, 2001: 8). Pour une opinion différente, voir Hannan-Moffat: «What Garland and others fail to explore in sufficient detail is how risk strategies have evolved and how rehabilitation has been revived as a central feature of risk/need management and penal control» (2005: 30).

¹²⁰ Au XX^e siècle, l'argument prend de l'ampleur, mais il est déjà avec nous à la fin du XIX^e siècle. Carrara aura considéré que « la trop grande préoccupation de la *réforme* du condamné, lorsqu'elle pénètre dans le droit pénal, conduit à en adoucir l'*inflexibilité*, et à ébranler au grand péril de la société l'idée de l'*irrachetabilité de la faute*» (Carrara, 1876: 332).

la critique, mais sur la forme de la solution : si la variété humaniste de la réhabilitation ne convient pas, quelles qu'en soient les raisons, revenons à la redondance répressive de ce qu'on connaît mieux.

It may be called the Humanitarian theory. Those who hold it think that it is mild and merciful. In this I believe that they are very seriously mistaken. I believe that the "Humanity" which it claims is a dangerous illusion and disguises the possibility of cruelty and injustice without end. I urge a return to the traditional or Retributive theory not solely, not even primarily, in the interests of society, but in the interests of the criminal (Lewis, 1953: 224).

Apparaît ici un effet complètement inattendu : l'échec de la théorie de la réhabilitation, réel ou construit, entraîne la revivification des vieilles théories de la peine. On pourrait même aller plus loin et considérer, de façon provocatrice, que d'une certaine manière, une nouvelle configuration du droit *de punir* serait venue se fonder sur les ruines de la réhabilitation, sur le «non-droit» de traiter. C'est en tout cas l'interprétation que propose Fox lorsqu'il observe l'étrange phénomène prendre forme dans le cadre de la justice des mineurs.

Let me first try to describe the two sources from which such a right to punish would appear to be developing, and something of what I take to be their foundations. Although it may sound strange that the right to be punished should come from here, one of these sources is liberal, humanitarian, progressive, child-oriented reformers. This group arrives at a child's rights to be punished partly on the basis of its views about treatment and rehabilitation, more specifically, as a consequence of their rejection of a treatment philosophy (Fox, 1974: 3).

Comme le mentionne Pires,

Nous constatons, enfin, que la théorie de la réadaptation a été la seule à "ouvrir des voies nouvelles" en matière de sanctions non-carcérales. Bien qu'elle ne soit pas la seule responsable pour cette ouverture, cette théorie semble posséder un dynamisme que l'on ne retrouve pas chez les autres théories de la peine et ce, malgré les problèmes qu'elle a pu susciter par son développement erratique (Pires, 1990 : 449).

En dépit des critiques et des contextes qui ont pu la fragiliser dans son originalité, la théorie de la réhabilitation demeure une théorie du système de droit criminel moderne. Elle

fait partie de son historicité et peut être réinvestie cognitivement, elle peut elle-même être «réhabilitée» et se re-stabiliser davantage dans les opérations de reproduction du système de droit criminel moderne. De là à savoir si les droits de la personne pourraient servir de catalyseur sémantique à cette «réhabilitation de la réhabilitation», c'est une question qui doit pour l'instant rester ouverte et dont le traitement pourra bénéficier d'un support empirique. Mais en attendant, nous serions tentée de nous mettre d'accord avec les remarques de Rotman en ce qui a trait au potentiel «humanisant» et «civilisant» de cette théorie dans la conception de nos réponses au crime.

The rehabilitation of criminal offers the criminal justice system a unique avenue of improvement. Despite the failures and abuses of the past, a revitalized concept of rehabilitation represents a creative opening in the repetitive mechanisms of a merely punitive system. Rehabilitation has enormous potential for humanizing and civilizing social reaction against crime (Rotman, 1990: 1).

Ce potentiel pourrait même gagner en importance. L'originalité fondatrice de la théorie de la réhabilitation lui a permis de s'émanciper des impératifs d'affliction, mais certains indicateurs empiriques¹²¹ semblent indiquer qu'elle pourrait être en mesure—sous certaines conditions—de s'émanciper aussi des impératifs de l'exclusion sociale.

Cette réflexion est, pour l'instant, purement théorique. Cette émancipation par rapport aux impératifs de l'exclusion, si elle existe ici et là dans différents milieux de réflexivité du droit, n'est certes pas stabilisée. La théorie de la réhabilitation, dans sa représentation la plus stabilisée, demeure une théorie du pénitencier. On peut donc rejoindre Dubé—qui s'appuyait lui-même sur les observations de Pires et Acosta (1994)—et considérer que dans l'état actuel des choses, la théorie de la réhabilitation se présente encore et toujours «beaucoup plus comme une forme de complexification interne de la structure cognitive dominante du droit criminel moderne que comme une théorie alternative relevant d'une autre rationalité» (Dubé, 2008 : 53). Elle partage en effet, avec les autres théories de la peine du système de pensée

¹²¹ Notamment, la perspective de la Commission Ouimet (1969) qui, à la fin des années 1960, nous propose de dissocier l'idée de la réhabilitation de celle du carcéral pour prendre au sérieux les recherches ayant démontré que « le traitement au sein de la collectivité peut souvent porter plus de fruits » (Rapport Ouimet, 1969 : 202).

dominant de la rationalité pénale moderne, cet attachement quasi inconditionnel à l'exclusion sociale. Et en ce sens, sa contribution se limite à nous offrir «la possibilité d'évoquer d'autres "bonnes raisons" pour valoriser l'enfermement et résister aux sanctions alternatives» (*ibid.*).

Jusqu'ici, au-delà de ce qui distingue entre elles les quatre théories de la peine que nous venons d'analyser, il y a dans tous les cas convergence sur un point fondamental : la réponse étatique aux «situations-problème» que peut représenter la criminalité nécessite une réponse afflictive et/ou génératrice d'exclusion sociale. Autour de ce noyau dur, une convergence cognitive se stabilise. Dans ce qui suit, nous la considérerons de manière plus soutenue à travers la théorie de la rationalité pénale moderne.

2.3 La théorie de la « rationalité pénale moderne »

Rétroactivement, on peut dire qu'il y a deux grandes phases dans l'évolution de la théorie de la «rationalité pénale moderne». Entre 1990 et 2001, elle se développe sous l'influence principale des approches systémiques de Michel Foucault et d'Yves Barel. À partir de 2001-2002, Pires commence à faire un tournant paradigmatique vers la théorie des systèmes de Niklas Luhmann et à employer les outils conceptuels de cette théorie pour reformuler sa théorie sur la rationalité pénale moderne. Cette recherche s'inscrit dans ce tournant et prétend faire quelques contributions théoriques et empiriques dans cette direction.

Nous pouvons dire que cette théorie a deux volets. Le premier est descriptif et porte sur les théories de la peine elles-mêmes. La théorie vise à caractériser sociologiquement les théories de la peine, à les décrire individuellement et à montrer *comment* elles créent et organisent, *ensemble*, un «système d'idées». Aujourd'hui, la théorie emploie la distinction directrice inclusion/exclusion (ou indifférence à l'inclusion) pour observer et décrire ce système d'idées (Pires, 2006b ; 2008c). Cette distinction permet de voir que toutes les théories de la peine de la première modernité sont, au premier plan, indifférentes à l'inclusion sociale. Même la théorie de la réhabilitation en détention, qui est la seule à tenir compte d'une quelconque façon de l'inclusion sociale des contrevenants et des détenus, soutient *d'abord* l'exclusion pour ensuite insister sur les programmes d'inclusion. Bref, il faut

«*exclure* (détention) pour inclure». Cette distinction inclusion/exclusion est ainsi destinée à remplacer la distinction classique utilitarisme/rétributivisme proposée par la philosophie pour observer les théories de la peine. Selon Pires, les deux principaux inconvénients de la distinction classique est qu'elle ne permette pas de visualiser le contenu essentiel des recommandations que *toutes* ces théories font aux autorités (l'idée d'exclusion) et qu'elle rende difficile de voir ces théories comme formant un système d'idées. En effet, la distinction classique met l'accent sur les divergences (philosophiques) *internes* entre deux groupes de théories, laissant de côté les *convergences* dans les recommandations qu'elles font sur les peines (Pires, 2006b ; 2008c).

Le deuxième volet est à la fois descriptif et explicatif et porte sur les problèmes d'évolution du droit criminel et sur les conditions d'émergence, de sélection et de stabilisation des idées innovatrices. La théorie part ici de l'hypothèse directrice selon laquelle ce système d'idées formé par les théories modernes de la peine constitue un obstacle épistémologique ou cognitif majeur à la réception de sanctions non carcérales en matière de droit criminel et à la réduction du recours à l'incarcération (en ce qui concerne la durée et la fréquence).

Pour ce qui est du volet centré sur les théories de la peine, la théorie montre qu'au-delà des points de divergence à partir desquelles elles se différencient les unes des autres, ces théories adhèrent à certaines idées et les renforcent mutuellement. Elles renforcent mutuellement l'idée de l'obligation de punir, celle d'une peine plus sévère que modérée et déterminée en relation avec la gravité du crime, l'idée d'affliction et d'exclusion sociale comme modes de résolution de conflit et de leur valeur morale ou pratique. Nous pouvons dire que la rationalité pénale moderne a établi un univers fermé d'idées sur les peines qui est contraignant et autoritaire. Elle a construit progressivement une «combinaison d'idées» et «de relations significatives» obligatoires—crime/peine; récidive/peine aggravée; gravité de l'infraction/gravité de la peine; dissuasion/peine sévère; rétribution/peine sévère; etc.—destinées à «absorber davantage l'incertitude» que représente la résolution de cas concrets (Luhmann, 2001a : 37).

Autour de ces idées, les théories de la peine ne constituent pas de vraies alternatives les unes par rapport aux autres, au contraire, elles forment un «noyau dur», une forteresse cognitive de laquelle il est difficile d'échapper. À certains égards, certes, ces théories vont se présenter comme des «combinaisons d'idées» différentes les unes des autres, mais sur d'autres points, elles instituent un seul et même *programme de pensée et d'action*. Nous pouvons représenter ces idées à l'aide d'une figure :

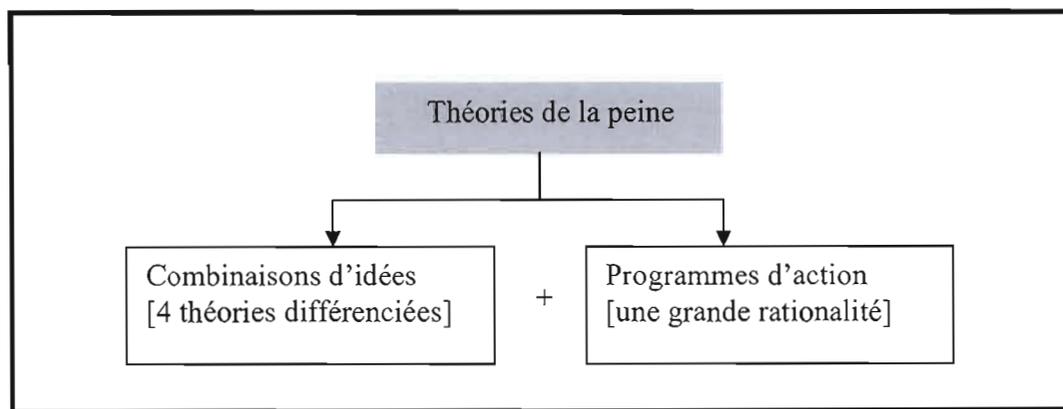


Figure 2.2 Les théories de la peine comme théories «pratiques»

Les théories de la peine, comme le dit la théorie de la RPM, produisent surtout de la «divergence convergente» : elles se présentent dans leur différence— (divergence des motifs) — pour produire et reproduire de la redondance (convergence des pratiques). Sur le plan des «combinaisons d'idées» : nous pouvons observer les théories comme étant différentes les unes des autres. Nous pouvons voir les frontières qui les séparent les unes des autres. En ce qui concerne les «programmes d'action», les théories ne se différencient plus.

Pour Pires (1998), du point de vue de l'observation de ces théories, on aurait sans doute trop insisté sur leurs points de divergence, ou à tout le moins, trop peu insisté sur leurs points de convergence lesquels participent à la formation d'un système de pensée spécifique, qu'il décrit comme étant la « rationalité pénale moderne ».

Il me paraît de plus en plus clair que l'enjeu théorique fondamental du débat sur la pénalité aux XVIII^e et XIX^e siècles consiste moins dans les éléments d'opposition (interne réelle) entre les [théories de la peine] que dans les rapports non problématisés [qu'elles] entretiennent ensemble avec le droit pénal ou la rationalité pénale. Cela veut dire, entre autres choses, que ces [...] perspectives *ne sont pas de véritables alternatives l'une à l'autre*; elles ne sont même pas *véritablement en opposition*; en tout cas, la signification théorique et pratique de cette opposition a été largement gonflée et elle n'en vaut pas la chandelle (Pires, 1998a : 16).

Avant Pires, van de Kerchove avait fait la même hypothèse. L'auteur ne problématise pas encore la convergence en matière de «système de pensée», mais il insiste sur l'effet de «clôture» que Pires va ultérieurement lui-même placer au centre de sa théorie de la rationalité pénale moderne.

[...] au-delà des controverses—sans doute réelles—qui les opposent, ces courants partagent secrètement certains présupposés communs... [...] Se définissant toujours en opposition l'un à l'autre, ils parviennent à occulter la «clôture» dans laquelle s'inscrit leur débat et à faire perdre de vue ce qu'ils éliminent l'un et l'autre (van de Kerchove, 1981 : 291)¹²².

Pour Delmas-Marty, l'idée de clôture est au fondement de ce qui caractérise l'univers de sens du droit criminel moderne.

Le champ pénal est un champ clos [...] dans tous les sens du terme. Clôture physique de l'emprisonnement, devenu peine principale et quasi unique à partir du XIX^e siècle, clôture institutionnelle d'un réseau de sanctions qui demeure séparé des autres, enfin clôture de la raison juridique qui pense le droit pénal comme ensemble spécifique, ayant peu de relations avec les autres normes du droit (Delmas-Marty 1986 :15).

Sur la question de la clôture entre droit criminel et autre type de droit (droit civil, droit administratif) à laquelle fait ici référence Delmas-Marty, on reconnaîtra pertinemment dans chacune des théories de la peine «la tendance de figurer le droit criminel comme un système de régulation (...) auto-suffisant, différencié et renfermé sur lui-même (...) opposé aux autres systèmes de régulation sociale et juridique (...) d'une autre *nature*» (Pires et Acosta, 1994 : 10; 1998a : 8).

¹²² van de Kerchove se réfère dans son hypothèse et aux théories classiques et aux théories positivistes.

Le processus d'émergence de ce que l'on observe ici au niveau cognitif est historiquement contemporain du processus d'autonomisation du droit criminel en tant que sous-système différencié du système juridique. Au terme de ce processus (milieu du XIX^e siècle), le droit criminel va alors s'auto-observer et s'auto-décrire (par la communication) comme étant un système radicalement différent des autres systèmes de résolution de conflits (juridiques et non juridiques). Il postule axiologiquement une distinction d'essence ou de nature entre l'illicite pénal (public) et l'illicite civil (privé) (Pires, 1998a, 2004b). Il va se référer à la loi pénale comme étant le seul mécanisme de contrôle pouvant encore, en dernière instance, protéger efficacement les valeurs fondamentales de la société. Il va par ailleurs s'attribuer lui-même une fonction sociale spécifique, la protection de la société, et considérer, dans un contexte de désenchantement moderne, qu'il est la seule entité institutionnelle à être encore suffisamment stable et solide pour pouvoir l'assumer. Pour Pires, Cellard et Pelletier (2001 :198), sous l'influence des théories de la peine et de la rationalité pénale moderne, la manière de s'orienter par rapport à cette fonction sera hostile, abstraite, négative et atomiste. On explique :

Hostile, parce qu'on représente le déviant comme un ennemi du groupe tout entier [...]. Abstraite, parce que le mal (concret) causé par la peine est reconnu mais conçu comme *devant causer* un bien moral immatériel (« rétablir la justice par la souffrance », « renforcer la moralité des gens honnêtes », etc.) ou encore un bien pratique invisible et futur (la dissuasion). Négative, puisque ces théories *excluent toute autre sanction* visant à réaffirmer le droit par une action positive (le dédommagement, etc.) et stipulent que *seul le mal* concret et immédiat causé au déviant peut produire un bien-être pour le groupe ou réaffirmer la valeur de la norme. Et enfin, atomiste, parce que la peine—dans la meilleure des hypothèses—n'a pas à se préoccuper des liens sociaux concrets entre les personnes sauf d'une façon tout à fait secondaire et accessoire (Pires, Cellard et al. 2001: 198).

À partir du milieu du XIX^e siècle, on peut dire que ce système de pensée est stabilisé à travers l'Occident, ce qui a sans doute amené Ortolan, dès 1843, à constater ce qu'il qualifiait de fait historique «remarquable» à propos des juridictions européennes: «une similitude frappante, souvent presque l'unité, dans les institutions, dans les législations, dans la jurisprudence européennes» (Ortolan, 1843).

Malgré les transformations qu'a subies le système pénal occidental dans les dernières décennies, nous sommes d'avis qu'il n'a pas changé qualitativement son système d'idées dominant ni ses formes principales d'intervention. C'est pourquoi nous considérons que ce que nous avons caractérisé ici dans les termes de la rationalité pénale moderne demeure le système d'idées qui détermine encore l'auto-représentation identitaire principale du droit criminel. Nous pouvons dire qu'elle est, pour ainsi dire, la dimension cognitive de ce système, la perspective par laquelle il regarde et comprend—mais surtout construit—la société et son rôle dans la société. C'est ce système de pensée qui filtre et sélectionne les facteurs externes qui pénètrent à l'intérieur des frontières du droit criminel et qui détermine la place à accorder aux idées produites à l'externe, incluant celles relatives aux droits de la personne. C'est lui qui détermine l'élasticité d'ouverture et de fermeture du système pénal. Ce système de pensée, forme savante de construction identitaire du système pénal, est pour ainsi dire le lien qui donne cohérence et unicité à toutes les opérations et communications du système, il est le référent commun qui permet la stabilisation des critères de sélection du système.

Il est difficile de s'émanciper de la rationalité pénale moderne et de se sortir des labyrinthes de ce système de pensée hégémonique. Pour Pires, sur la cognition, la rationalité pénale moderne aura le même effet que la «bouteille à mouches» de Watzlawick (1988 :269). Voyons comment Pires reprend la pensée de l'auteur et construit l'analogie :

Ces bouteilles, raconte Watzlawick, «avaient une large ouverture, en forme d'entonnoir, donnant une apparence de sécurité aux mouches qui s'aventuraient dans le col toujours plus étroit du récipient. Une fois dans le ventre de la bouteille, la seule façon pour la mouche d'en sortir était d'emprunter le même conduit étroit par lequel elle était rentrée. Mais, vu de l'intérieur, il lui paraissait encore plus étroit et dangereux que l'espace dans lequel elle se trouvait prisonnière ». Elle cherchait alors la sortie là où elle n'était pas, en l'occurrence, dans l'espace apparemment plus ouvert et plus rassurant du fond de la bouteille, et finissait par mourir dans la bouteille même si la sortie n'était pas bouchée. Or, [...] continue Watzlawick, «il aurait fallu, dans une pareille situation, convaincre la mouche que la seule solution à son dilemme était en fait celle qui semblait la moins appropriée, et la plus dangereuse » : il fallait reprendre le chemin inverse, s'aventurer dans le col de la bouteille, pour reconquérir sa liberté (Pires, 1998a : 7-8).

En s'inspirant de cette analogie, Pires considère qu'avec la formation de la rationalité pénale moderne, «on peut dire qu'on a construit progressivement en Occident quelque chose de semblable à une "bouteille à mouches" en ce qui concerne la justice criminelle» (Pires, 1998a : 7-8). La question pour Pires devient alors la même que celle qu'avait posée Watzlawick au niveau plus général de la connaissance :

[...] comment trouvons-nous le moyen de sortir de la bouteille à mouches d'une réalité que nous avons construite et qui ne convient pas? [...] Avons-nous quelque espoir de nous libérer si toutes les solutions que nous imaginons ne mènent jamais qu'"à plus de la même chose"...? (Watzlawick, cité dans Pires, 1998a : 7-8).

La difficulté ne concerne pas uniquement les acteurs politiques ou judiciaires, elle est vécue par quiconque «pense» ou «observe» les objets qui ont été traditionnellement associés au droit criminel : crime, peine, prison, protection de la société, victime, etc. Même 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» (Pires, 2001a : 184).

Pires en appelle au développement d'une pensée critique mettant au centre de ses analyses le caractère contingent, parfois même accidentel, des formes pénales institutionnalisées.

Cette distance critique exige la possibilité théorique de pouvoir décrire la configuration effective de ce système comme étant une *possibilité parmi d'autres* (et non nécessairement la plus heureuse) d'actualisation du système (Pires, 2001a : 184).

Cette distance critique se développe sans doute, mais elle se développe lentement et de façon inégale dans les différents savoirs. De sorte que nous ne nous sommes pas encore libérés du connu en ce qui a trait au droit criminel et en attendant, ce qui caractérise nos modes de pensée en cette matière, c'est davantage la non inventivité que l'innovation cognitive. Et dans ce cadre, au fondement de cet immobilisme, on peut effectivement reconnaître, avec Pires, que «la rationalité pénale moderne constitue [...] un obstacle

épistémologique à la connaissance de la question pénale et, en même temps, à l'innovation, c'est-à-dire à la création d'une nouvelle rationalité et d'une autre structure normative» (Pires, 2001a : 184).

En lien avec notre problématique, certaines questions refont surface : en matière de droit criminel, la rationalité pénale moderne aurait-elle un rôle à jouer dans la détermination des mises en forme du médium «droits de la personne» ? Nous empêche-t-elle, comme semble le suggérer ici Pires, de reconnaître la contingence des mises en forme actualisées ? Se présente-t-elle comme un obstacle épistémologique dès lors qu'il s'agit d'envisager d'autres mises en forme comme étant tout aussi possibles et peut-être plus « heureuses », pour reprendre le terme de Pires, que celles que nous avons privilégiées jusqu'ici ?

Traiter de ces questions dans le cadre de l'analyse empirique présuppose que nous soyons nous-mêmes, en tant qu'observateurs de deuxième ordre, à même de reconnaître les «effets-types» de la rationalité pénale moderne dans l'ordre des discours. Notre analyse des théories de la peine nous a ainsi permis d'établir les convergences du système de pensée de la rationalité pénale moderne autour de quatre idées-clés : le droit de punir défini en termes d'*obligation* de punir (2.3.1); la valorisation des peines afflictives¹²³ et/ou génératrices d'exclusion sociale (2.3.2); la survalorisation de la peine privative de liberté (2.3.3); et, son corollaire, la dévalorisation des sanctions alternatives (2.3.4.).

2.3.1 L'obligation de punir

On a pu voir, en effet, dans la section sur les théories de la peine, comment chaque théorie renforce, à sa manière, l'obligation de la punition en réponse au crime. Du côté de la théorie rétributiviste, le passage de Kant sur l'Île est sans doute le plus convaincant quant à l'importance de la punition.

¹²³ Qui se traduit par la valorisation de la sévérité modulée en relation avec la durée de la sanction.

Toute action qui blesse le droit d'un homme mérite un châtement, et ce châtement *venge* le crime dans la personne du coupable (Kant, 1797 : 180)

.....
 Si la société civile se dissolvait du consentement de tous ses membres (si, par exemple, un peuple, habitant une île, se décidait à se séparer et à se disperser dans un autre monde), le dernier meurtrier qui se trouverait en prison devrait d'abord être exécuté, afin que chacun portât la peine de sa conduite et que le sang versé ne retombât point sur le peuple qui n'aurait par réclamé cette punition, car il pourrait être considéré alors comme le complice de cette violation publique de la justice (*ibid.*: 179).

Du côté de la dissuasion, on considère par exemple que le fait que la punition prive les êtres humains de leurs droits et impose de la souffrance est essentiel pour que l'on veuille éviter d'être puni (Bedau, 1974 : 142).

Du côté de la dénonciation, c'est la confiance du public dans l'administration de la justice qui réclame la punition de toutes les transgressions (Lachambre 2008 : 29).

Du côté de la réhabilitation, on considère que le meilleur moyen de protéger la société est la réhabilitation de l'individu. La théorie insiste non pas tant sur l'obligation de punir, mais certes sur l'obligation d'intervenir. Or, l'intervention par la voie du traitement plutôt que par la voie de la punition perd concrètement de sa particularité dans la mesure où la théorie elle-même ne peut pas dissocier l'intervention du cadre institutionnel offert par un milieu carcéral et dont la vocation première est celle de faire souffrir. La théorie de la réhabilitation ne tient pas compte des souffrances humaines qu'implique le choix du carcéral comme lieu de traitement.

La récurrence énonciative de cette idée d'obligation que l'on place ici au fondement du droit de punir a stabilisé l'identité proprement *pénale* du système de droit criminel moderne. Il devient dès lors difficile, lorsqu'on s'inscrit dans les réseaux de communication de ce système de pensée, de trouver un vocabulaire de motifs nous autorisant à dissocier ce que les théories de la peine ont rendu quasi indissociable, en l'occurrence, le rapport «crime-peine».

Dans les propos de Carrara qui nous paraissent ici représentatifs d'un mode de pensée encore généralisé dans nos sociétés contemporaines : le lien «crime-peine» se présente avec une telle force qu'on nous donne l'impression qu'il est naturel et dès lors nécessaire.

[...] la puissance de punir a conservé à travers toutes les idées et tous les systèmes une autorité devant laquelle les passions humaines se sont toujours et partout inclinées. Cela montre, je le répète, que s'il est un principe révélant avec évidence qu'il émane de la loi éternelle qui régit l'humanité, c'est celui de la punition du coupable sur la terre (Carrara, 1876 : 312).

Carrara écrit au XIX^e siècle, mais encore aujourd'hui, sous l'influence des mêmes théories de la peine et malgré les problèmes et les échecs cumulés en matière de châtement, il reste difficile de penser «un monde sans punition» (Bedau, 1974 : 143). Dans les termes de Bedau: «whereas the grievances against the present system of punishment are genuine and legitimate, other considerations show that a world without punishment is both unattainable and undesirable» (*ibid.*).

2.3.2 La valorisation de l'affliction et/ou de l'exclusion sociale

En mobilisant le système de pensée de la rationalité pénale moderne pour articuler le lien «crime-peine», notre cognition se place sous la tutelle d'un ensemble de théories qui, chacune à leur manière, «mettent l'accent sur l'exclusion sociale, restent indifférentes sur le plan décisionnel à l'inclusion sociale des coupables d'un crime ou accordent une préséance à l'idée selon laquelle, en droit criminel, il faut privilégier les sanctions qui montrent l'intention d'infliger une souffrance au coupable d'un crime» (Pires et Garcia, 2007 : 293-294).

Par rapport à la souffrance, la position de Carrara peut continuer de servir d'illustration et nous paraît encore d'actualité. Pour Carrara, une des conditions essentielles de la peine était qu'elle soit «*afflictive* pour le coupable, soit *physiquement*, soit au moins *moralement*» (Carrara, 1876 : 329).

Bentham lui-même, grand penseur anglais de la dissuasion, reconnaît, au XIXe siècle, que «toute peine par elle-même est nécessairement odieuse», que punir implique forcément d'« infliger un mal à un individu, avec une intention directe par rapport à ce mal» (Bentham, cité dans van de Kerchove, 2007 : 338-339).

Au cœur de la théorie rétributiviste et de son interprétation de la loi du talion, le mal se guérit par le mal : « le mal immérité que tu fais à un autre d'entre le peuple, tu te le fais à toi-même » (Kant, 1797 : 178). Si le mal immérité se présente dans la forme du meurtre, alors l'expiation passe par la plus absolue et définitive des exclusions sociales : la peine de mort.

Dans la théorie de la dénonciation, nous avons vu que l'opinion publique exige une réaction au crime, passionnelle, intense et indifférente à l'inclusion sociale du contrevenant (Pires, 2001a; 2004b).

En ce qui a trait à la théorie de la réhabilitation, l'indifférence à la souffrance et la survalorisation de l'exclusion sociale comme condition nécessaire du traitement nous permettent de la considérer comme une théorie qui renforce, sinon tolère les prescriptions des trois autres.

2.3.3 La prison comme «peine de référence»

Toutes les théories de la peine instituent des vocabulaires de motifs qui nous ont permis, pour différentes raisons reliées à chacune des théories, de converger vers la prison comme «la forme essentielle du châtement» (Foucault, 1975 : 136).

Le succès de la prison est sûrement en partie redevable au support cognitif que cette solution institutionnelle a reçu de la part de toutes les théories de la peine de la première modernité. Pires remarque en effet que :

[...] *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 autres, pour le neutraliser ou pour le réadapter (Pires, 1990 : 448).

Cette dernière citation de Pires date de 1990; l'auteur n'isolait pas encore, à ce moment, la théorie de la dénonciation comme fournissant une autre «bonne» raison de punir quelqu'un en le privant de sa liberté. Aujourd'hui, nous croyons que Pires n'hésiterait pas à reconnaître la contribution autonome de la dénonciation dans les vocabulaires de motifs nous permettant de valoriser l'incarcération. Nous pensons qu'il rejoindrait volontiers le constat de Feinberg qui remarque que «imprisonment in modern times has taken on the symbolism of public reprobation» (Feinberg, 1981: 31).

Pourtant la prison n'a pas toujours été à la hauteur des attentes qu'on a pu entretenir envers elle. En fait, comme l'a bien fait remarquer Foucault, dès la naissance de la prison au XVIII^e siècle, des critiques - dont la plupart nous sont aujourd'hui devenues familières - en émaillent le développement:

L'idée d'un enfermement pénal est explicitement critiquée par beaucoup de réformateurs. Parce qu'il est incapable de répondre à la spécificité des crimes. Parce qu'il est dépourvu d'effets sur le public. Parce qu'il est inutile à la société, nuisible même : il est coûteux, il entretient les condamnés dans l'oisiveté, il multiplie leurs vices. Parce que l'accomplissement d'une telle peine est difficile à contrôler et qu'on risque d'exposer les détenus à l'arbitraire de leurs gardiens. Parce que le métier de priver un homme de sa liberté et de le surveiller en prison est un exercice de tyrannie (Foucault, 1975 : 135).

Ainsi, déjà au XIX^e «la prison demeurait la grande promesse du siècle, mais également son plus grand échec», même du point de vue des réformateurs (Pires, 1991a : 64). Depuis la naissance de la prison, plusieurs projets de réforme ont été mis en place pour trouver des solutions au problème, mais comme le fait remarquer Cartuyvels, il semble que les fruits de cette réflexivité critique n'ont pas encore mûri:

Au fil des ans, réformes et débats sur l'institution pénitentiaire se croisent et se ressemblent : pour l'essentiel, il s'agit de dénoncer le système pénitentiaire, d'en améliorer le fonctionnement, de rechercher des solutions plus efficaces ou plus humaines

et, bien souvent, de constater l'échec des réformes sans que l'institution prison ne soit véritablement remise en question (2002 : 116).

Il semble qu'encore ici, dès qu'il s'agit de remettre en question la pertinence de quelque chose jugé important par les théories de la peine, en l'espèce, la généralisation de la peine privative de liberté, la rationalité pénale moderne intervient pour nous rediriger loin de l'innovation et toujours plus près du fond de la bouteille à mouches. Sans l'explicitier dans ces termes, Rothman nous paraît intuitivement relier le problème à des effets induits par des obstacles cognitifs: «Whatever skills we have in problem solving, whatever ability we possess to calculate and act in a reasoned manner, are suspended when we approach incarceration» (Rothman, 1981 : 374).

Parmi les obstacles cognitifs pouvant nous rattacher normativement à la prison, coûte que coûte, on peut sans doute relever celui associant la survie de la société à la survie de la prison. Cette représentation est supportée par les théories de la peine : en couplant chacune de leurs logiques respectives à l'idée de l'incarcération, nous sommes amenés à croire que sans l'incarcération, la Moralité se dissout; sans l'incarcération, rien ne peut freiner le passage à l'acte; sans l'incarcération, les états forts de la conscience collective ne peuvent se resserrer; sans l'incarcération, le traitement n'est pas possible. Bref, à la question de savoir si la prison est nécessaire, toutes les théories de la peine répondent par l'affirmative.

À savoir maintenant si la prison est humaine, les théories de la peine pourront répondre en deux temps : humaine, certes, dans la mesure où elle est nécessaire à la protection de la société; humaine, certes, dans la mesure où ses souffrances sont moins barbares que celles infligées par les supplices ou encore dans la mesure où elle sert d'alternative à la peine de mort. Sur ce dernier point, nous rejoignons Rothman lorsqu'il dit que :

[...] when viewed from the perspective of the death penalty, even the longest sentence seemed humane and progressive. Codes established ten years for assault, twenty years for arson, and life for murder, but legislators perceived these measures not as harsh sentences but as wonderfully humane alternatives to the death penalty (Rothman, 1981: 376).

Plus humaine ou moins humaine : tout est une question de perspective. Tout dépend évidemment du point de vue et de ce avec quoi on compare la prison. La comparer aux supplices ou à la peine de mort est une option d'observation qui, à certains égards, nous permet sans doute de la mettre en valeur, mais il suffira alors de privilégier une autre option d'observation pour relancer tout le débat : la prison est-elle plus humaine par rapport à ce qu'elle pourrait devenir, est-elle plus humaine par rapport à ce qui pourrait la remplacer ou lui servir d'alternative?

Ce qu'il y a de plus inquiétant par rapport au problème que représentent les alternatives, ce n'est pas leur absence objective, mais bien l'absence de vocabulaires des motifs susceptibles de les valoriser. Les théories dominantes renforcent normativement l'idéal de la prison. Y a-t-il—et sinon, peut-on les créer—des théories capables de renforcer les alternatives? Une mise en forme plus positive du médium «droits de la personne» pourrait-elle servir de vocabulaire de motifs pour la sélection et la stabilisation des sanctions alternatives? Toutes ces considérations nous paraissent devoir faire partie de la solution au problème que pose ici Rothman :

Long after the failure of the prison to fulfill the rather noble goals of its founders was apparent, incarceration lived on. How is one to account for this persistency? Why did not our predecessors in the 1890s label incarceration a useful experiment gone bad and search for alternatives? Why did not our predecessors in the 1930's finally decide that institutions that were marked by riots, corruption and inhumanity had to be abolished? How did society come to grips with funding such terrible places? And how, given all these circumstances, could we keep incarcerating people for such extended periods of time? (Rothman, 1981: 378)

À toutes ces questions, nous répondons : parce que nous n'avons pas encore appris à penser autrement en matière de droit criminel. Et dans ce cadre, même la reviviscence des droits de la personne, dans la deuxième moitié du XX^e siècle, n'a pas été suffisante pour nous convaincre de la nécessité d'investir dans des alternatives plus humaines, non afflictives, non privatives de liberté.

Résultat? En dépit des critiques, des projets de réforme et des principes voulant que la prison soit une peine exceptionnelle, elle demeure la «peine de référence» et continue de servir de boussole pour l'identité du système de droit criminel moderne.

2.3.4 La dévalorisation des sanctions alternatives

En lien avec ce qui précède, la survalorisation de l'enfermement punitif par les théories de la peine s'est accompagnée d'une dévalorisation des sanctions alternatives par ces mêmes théories. Dans les termes de Pires :

[...] les théories de la peine font l'apologie de la peine à un point tel qu'elles *refusent*, toutes (dans leur formulation des 18^e et 19^e siècles), et *dans quasiment toutes les circonstances*, le bien comme alternative autonome (Pires, 2001b : 154).

Mais qu'entend-t-on par « sanctions alternatives » (aussi appelées « mesures de rechange » ou « peines substitutives »)? Quel est l'autre côté de la distinction? À quoi les oppose-t-on?¹²⁴

¹²⁴ Plusieurs distinctions peuvent être proposées à cet égard, mais elles ont toutes des inconvénients. Une possibilité serait celle d'utiliser la distinction : peines d'exclusion/ peines d'inclusion. Sans doute que la peine de mort tomberait dans la face *peines d'exclusion*. Mais que dire de la prison, quand elle prétend exclure temporairement pour mieux inclure (dans la société) après? Ce n'est pas clair tout de suite dans quel côté de la distinction cette peine se retrouve. On peut aussi utiliser la distinction : peines carcérales/ peines non carcérales. Dans ce cas, la peine de mort tombe du côté des peines non carcérales et nous perdons de vue les deux critères qui semblent structurer l'idée de peine alternative : une peine non valorisée par le système et les théories de la peine et qui propose des solutions moins centrées sur la sévérité ou plus tournées vers l'inclusion des justiciables. Nous n'avons pu penser à une distinction totalement satisfaisante d'un point de vue analytique. Vu cette difficulté, nous avons tout simplement fait un choix : dans notre recherche, le concept de peine alternative s'oppose à celui de «peine de référence» (la prison). Pourquoi avons-nous fait ce choix? Il nous semble que le concept de peine alternative, si nous excluons la phase pré-moderne, a été pensé et mobilisé dans les communications du système pour s'opposer à la prison (c'est par ailleurs comme cela que les peines alternatives ont été envisagées par nos interviewés comme nous le verrons plus en avant). La forme du concept la plus cristallisée, selon nos observations empiriques et théoriques, en est une forgée à l'intérieur du débat visant à trouver des peines qui puissent se substituer aux peines privatives de liberté. Bien sûr que dans notre proposition, la peine de mort, n'étant pas la peine de référence, tomberait du côté des peines alternatives. Tout ce que nous pouvons avancer, c'est que notre distinction laisse de côté la question de la peine de mort et ne prétend pas l'englober. Nous acceptons cette limite de notre distinction dans la mesure où il nous semble que le débat sur la peine de mort a pris un autre chemin, il a été forgé à l'intérieur d'une autre distinction : abolitionnisme/rétentionnisme.

Il est difficile de donner un contenu fixe au concept de sanctions alternatives, car ce qui est ou n'est pas alternatif relève d'une appréciation comparative et, donc, relative. L'appréciation implique un point de comparaison qui est généralement donné par ce qui apparaît dominant, généralisé ou central à une époque donnée. Ainsi, la prison, qui aujourd'hui se présente comme la peine de référence dominante, est jadis elle-même apparue dans les systèmes pénaux occidentaux comme une véritable sanction alternative (Legeais, 1990 : 129) : elle se présentait comme une autre option par rapport à celle des châtiments corporels et de la peine de mort. C'est ainsi, explique Legeais, qu'«à un droit pénal d'exécutions capitales et de châtiments corporels, on a fait se succéder au XIX^e siècle un droit reposant d'abord sur les peines privatives de liberté» (*ibid.*).

On peut dire ainsi que dans une acception large, le concept de sanction alternative désigne des sanctions—plutôt que des «peines»—qui semblent être en opposition et destinées à remplacer les sanctions traditionnellement valorisées par le système de pensée dominant. Par rapport aux solutions préconisées et stabilisées dans l'historicité de la modernité, les sanctions dites «alternatives» se voudront être celles qui pourront représenter—dans un rapport de contraste avec la rationalité pénale moderne—un mode de résolution de conflits qui n'implique pas la nécessité de l'affliction et/ou de l'exclusion sociale. Elles seront par ailleurs supportées par un vocabulaire de motifs adapté, qui se référera ainsi à une théorie—inédite—de la sanction laquelle se voudra plus pacifique que guerrière ou hostile dans sa représentation du rapport société-délinquant, plus concrète qu'abstraite dans sa poursuite du «bien» collectif ou individuel, plus positive que négative dans sa manière de concevoir la validité des modes de résolution de conflit, plus intégrative qu'atomiste dans sa prise en compte des effets spécifiques et collatéraux de l'intervention en ce qui a trait à la préservation/réparation des liens sociaux concrets.

D'un point de vue théorique, nous pouvons soutenir qu'une référence «innovatrice»—par rapport à la référence négative contemporaine—du droit criminel au médium «droits de la personne» pourrait favoriser l'émergence d'une forme cognitive, voire d'un nouveau système de pensée susceptible de supporter les sanctions alternatives et d'entrer en compétition avec les prescriptions de la rationalité pénale moderne. Dans les chapitres analytiques, nous

étudierons, au contact de l'empirie, en nous basant sur le discours des juges et des procureurs, les conditions de cette possibilité et ce qui peut présentement lui faire obstacle sur la tribune judiciaire.

Conclusion

Afin d'éviter certains malentendus récurrents autour du concept de rationalité pénale moderne, nous aimerions conclure en ajoutant quelques précisions théoriques et en faisant certaines mises en garde sur le plan épistémologique.

Au terme de ce que nous avons pu dire jusqu'ici sur la rationalité pénale moderne, il faut se préserver de tout déterminisme : la rationalité pénale moderne n'est pas une théorie qui vise à *expliquer* le comportement des acteurs judiciaires. Elle prétend décrire un système de pensée institué au coeur même des structures cognitives du système de droit criminel moderne. Elle n'a pas la prétention d'expliquer les comportements individuels ou les croyances personnelles des acteurs. En tant que «combinaisons d'idées» de la rationalité pénale moderne, les théories de la peine ne sont pas elles-mêmes des «normatively binding decisions», il faut plutôt les concevoir, au niveau cognitif, comme organisant «the opaque material with which legal practice is faced and turn it into problem-related and case-related constellations» (Luhmann, 1993 : 53).

Au terme de ces considérations sur la rationalité pénale moderne et en se référant aux constructions de sens de ces quatre éléments constitutifs de son noyau dur, on peut dire ici que derrière la diversité que représente l'ensemble des théories de la peine se cache une pauvreté cognitive susceptible de nuire ou de limiter l'apprentissage du système en relation avec les autres possibilités que pourrait lui offrir son environnement. Il faut ici considérer ces éléments du noyau dur de la rationalité pénale moderne comme faisant partie de ceux autour desquels les théories de la peine prennent la forme d'un «système d'idées». Ces éléments centraux de la rationalité pénale moderne sont ici conçus comme des obstacles cognitifs ou

épistémologiques susceptibles de nuire à un renouvellement des idées sur les peines et de nuire ainsi à une percée *garantiste* des droits de la personne dans le cadre de la détermination de la sanction.

Il y a donc, certes, un rapport entre les idées qui forment les structures cognitives du système et les décisions qui sont prises au niveau opérationnel ou pratique du système, mais on ne peut que le présupposer théoriquement, on ne peut jamais l'observer empiriquement, et il relève non pas de la théorie de la rationalité pénale moderne en particulier, mais de l'épistémologie de la science en général, laquelle reconnaît pertinemment qu'aucun observateur ne peut avoir accès à la conscience individuelle—«pas même celui qui observe sa propre conscience», diraient les psychanalystes!

Ce qu'on peut dire, par contre, c'est que les théories de la peine, sans déterminer ni la pensée ni l'action *des acteurs*, prennent néanmoins la forme de structures cognitives à l'intérieur des frontières communicationnelles du système de droit criminel moderne, et en ce sens, ce qu'elles déterminent ou structurent, ce sont non pas des pensées ni des actions individuelles, mais bien les possibilités institutionnelles admissibles/valorisées et les possibilités institutionnelles non admissibles/non valorisées au niveau communicationnel. En ce sens, dira Thomas:

If a judge is under an obligation to formulate and state the reasons for his decision, it will be necessary for him to arrive at a decision for which *proper* reasons can be given» (Thomas, cité dans Tata, 2007: 431, nos italiques)

Considérant la rationalité pénale moderne comme une «réalité construite constructrice» (Luhmann, 2001b: 43), elle est reconnue avoir des effets sur la cognition et la communication en ce qu'elle stabilise ce qui, *du point de vue du système*, représente les vocabulaires de motifs appropriés pour la prise de décisions. Certes, à l'intérieur de ce qui est possible, l'acteur est libre d'arbitrer ses options, tant sur le plan de la pensée que sur le plan de la pratique. Et par rapport à l'ordre établi, du simple fait que la structure existe, la déviance fait toujours partie des options possibles; elle peut même, à force de récurrence, et

avec le temps—et un tant soit peu d’optimisme—se constituer comme structure de substitution.

Nous voulons donc suggérer que les théories de la peine, même si elles ne déterminent pas les actions des acteurs judiciaires, structurent et disciplinent néanmoins, au niveau du système, la pensée sur les peines et les sanctions. Nous voulons aussi proposer une manière alternative de concevoir le processus de détermination de la peine comme un processus systémique autonome et donc distinct des croyances individuelles des acteurs. Nous indiquerons, dans le prochain chapitre, les implications épistémologiques et méthodologiques de cette observation.

CHAPITRE III

MÉTHODOLOGIE

Introduction

Notre étude a été entreprise dans un dialogue permanent entre observations empiriques et observations théoriques, depuis la construction de la problématique jusqu'à l'analyse des données. Selon la nature des problèmes rencontrés tout au long de la recherche, en matière d'observation, de description et d'analyse, nous avons tiré la ficelle de l'empirie ou la ficelle de la théorie.

Nous avons utilisé une approche méthodologique traditionnelle (analyse qualitative centrée sur des entretiens semi-directifs) et une approche épistémologique «exploratoire» proposée par Pires (2004a) inspirée à la fois du constructivisme de la théorie des systèmes et des contributions de Michel Foucault.

Ce chapitre vise la présentation des stratégies de recherche mobilisées pour traiter notre objet d'étude. Seront abordées les questions méthodologiques générales (3.1), les questions liées aux méthodes de cueillette (3.2) et d'analyse des données (3.3) et finalement celles relatives à l'épistémologie qui encadre notre démarche (3.4).

3.1 Considérations méthodologiques générales

Avant de passer aux considérations proprement méthodologiques, nous commencerons cette section en rappelant au lecteur l'objet de recherche et les hypothèses de départ à partir desquelles le «design» de la recherche a été conçu.

Notre recherche entend conduire une investigation sur le «rapport paradoxal» entre les droits de la personne et le droit criminel. Notre but est celui d'explorer la manière actuelle de *penser* et de *décider* du système de droit criminel (en mettant l'accent sur les tribunaux) par rapport aux peines et de voir dans ce cadre la manière par laquelle la sémantique des droits de la personne a été reçue, mise à contribution ou ignorée. Nous sommes partie de l'hypothèse que la rationalité pénale moderne et les théories de la peine qui la composent ont eu une influence considérable et continuent de jouer un rôle prédominant dans la réception et la mise en forme des droits de la personne dans le domaine des peines. Elles se présentent sous forme d'«obstacles cognitifs» et nuisent ainsi, dans ce domaine, à une prise en compte *garantiste* et innovatrice des droits de la personne et par conséquent, au renouvellement des idées relatives à la détermination des sanctions. Nous avons mis au centre de l'analyse l'interaction entre la «sémantique» des droits de la personne et les idées et théories sur les peines qui composent la RPM. Dans ce contexte, les principaux objectifs théoriques, méthodologiques et empiriques de cette recherche sont les suivants:

- (i) contribuer à l'élaboration d'une théorie descriptive des formes par lesquelles le médium «droits de la personne» se déploie dans les communications des organisations centrales du système de droit criminel;
- (ii) tester l'hypothèse—indiquée dans la littérature—du rôle paradoxal des droits de la personne dans le système de droit criminel; contribuer à l'approfondissement de la description et de la compréhension de ce paradoxe si l'hypothèse se vérifie ; analyser les conditions qui ont rendu possible l'émergence de ce paradoxe;
- (iii) tester empiriquement la pertinence de la théorie de la

«rationalité pénale moderne», notamment dans la compréhension des obstacles cognitifs à la réception innovatrice, *garantiste*, des droits de la personne dans la détermination de la peine ;

(iv) indiquer les contextes et les idées qui favorisent une utilisation des droits de la personne comme *raison punitive* et décrire *les conditions favorisant* la «re-création» de la vocation critique et garantiste en matière de peines (apport cognitif innovateur des droits de la personne);

(v) et finalement tester empiriquement la proposition de Pires (2004a) de concevoir les entretiens de recherche qualitatifs dans le cadre de nouveaux horizons épistémologiques : l'«entretien réflexif» serait davantage orienté et conçu pour saisir des systèmes d'idées que pour rendre compte des représentations des acteurs sociaux.

Nos objectifs de recherche, sûrement trop ambitieux, regroupent des types de questionnement qui relèvent de plusieurs logiques de recherche. Nous considérons qu'au moins trois logiques ont été mises à l'œuvre. D'abord, une logique de description, de découverte et d'exploration pour ce qui est de l'objectif (i). Par rapport à celui-ci, c'est-à-dire, la description des formes des droits de la personne dans le système de droit criminel, nous n'avons aucune théorie préalable pour nous guider dans la construction et l'analyse des données. À notre connaissance, aucune autre recherche ne s'est proposée d'accomplir cette tâche et c'est pourquoi, par rapport à cet objectif, le schéma d'intelligibilité devrait émerger des données empiriques, notre objectif étant celui de contribuer à l'élaboration d'une description théorique des droits de la personne du système pénal, qui soit «ancrée dans l'empirie» (Glaser et Strauss, 1967).

L'objectif (iii) relève plutôt d'une logique de vérification et d'approfondissement de théorie. Nous sommes partie sur le terrain avec des hypothèses et des théories bien circonscrites et bien définies dans les travaux de Pires sur la RPM. Cette théorie a même déjà

été nourrie par quelques autres explorations empiriques (surtout dans le cadre d'une recherche sur les demandes de modification au Code criminel canadien¹²⁵).

Les objectifs (ii), (iv) et (v) relèvent d'un mélange paradoxal entre vérification et découverte. En effet, si les possibilités qu'ils énoncent ont déjà été indiquées dans la littérature, elles n'ont cependant pas fait l'objet d'une élaboration théorique approfondie ou suffisamment «ancrée». Les hypothèses reprises de la littérature par rapport à ces thèmes avaient un statut encore très exploratoire et peu «contrôlé» par la théorie. En ce sens, nous avons senti que nous étions en train de «vérifier» certes, mais aussi en train de découvrir en laissant pénétrer l'«imagination sociologique» et l'«imagination méthodologique». Dans les sections qui suivent, nous essayerons de présenter les stratégies méthodologiques de recherche qui ont été mises en œuvre pour rendre compte de la complexité de notre objet d'étude.

3.1.1 Une recherche qualitative

Par rapport à la distinction utilisée couramment pour décrire les recherches en sciences sociales, entre «recherches qualitatives/recherches quantitatives», notre approche se place dans la face «recherches qualitatives» de la distinction. Nous nous garderons cependant de mettre ces deux approches en opposition¹²⁶ ou de les hiérarchiser d'une quelconque façon (Pires, 1995 : 59; Albarello, 2003 : 58). Les vieux débats qui ont tenté de le faire, jadis, nous

¹²⁵ Voir à ce sujet Cellard et Pelletier (1998); Cellard et Pelletier (1999); Pires, Cellard et Pelletier (2001); Garcia (2002); Dubé (2001; 2008); Pires et Garcia (2007).

¹²⁶ Les approches quantitatives et qualitatives ne sont pas en opposition et ne dictent aucunement les choix épistémologiques du chercheur : «il est incorrect de dire qu'il existe "deux méthodologies" différentes, car les véritables questions d'ordre méthodologique sont générales et s'appliquent tant aux recherches qualitatives que quantitatives» (Pires, 1995b : 57). Même si certains types d'approches privilégient davantage certains types de méthode, il ne faut pas confondre la méthodologie avec les approches théoriques privilégiées (fonctionnalisme, marxisme, théories des systèmes, etc.) ni avec les choix épistémologiques du chercheur (réalisme, constructivisme, etc.) : toutes sortes de combinaisons sont possibles. Comme le mentionne Pires, «la corrélation étroite retrouvée parfois entre le type d'approche (qualitative ou quantitative) et une position épistémologique quelconque (réalisme/constructivisme) – ne découle pas d'un attribut immanent (ou ontologique) de ces méthodes d'observation» (Pires, 1995b).

paraissent «épuisés» et «dépassés» (*ibid.*). Nous consacrerons plutôt ces sections à justifier le bien-fondé de nos choix réalisés en fonction de notre objet et de nos objectifs de recherche. Ce sont nos choix, la *nature* des matériaux que nous avons voulu transformer en données¹²⁷ et le *traitement* «qualitatif» des données recueillies qui font en sorte que nous ayons opté pour une recherche qualitative.

3.1.2 L'entretien «réflexif»¹²⁸ comme technique de cueillette de données : des entretiens avec des systèmes de pensée?

Le choix de l'entretien comme méthode de collecte de données peut paraître étonnant dans une recherche qui met au centre de l'explication la prise en compte d'un système d'idées d'un système social. Ce choix s'est fait progressivement, en cours de route, après des incursions empiriques diversifiées dans une démarche de «triangulation des méthodes» (Pires, 1987 : 94; Maroy, 1995 : 107) qui nous est apparue essentielle pour bien ficeler la problématique et bien circonscrire l'objet d'étude. Cette phase préalable, qui a ralenti considérablement notre travail, s'est justifiée en raison du peu de littérature qui existait sur le thème au moment où nous avons commencé la recherche, et en raison de la difficulté de *décrire* le paradoxe que nous voulions mettre au centre de l'enquête. De ce fait, nous avons réalisé plusieurs démarches exploratoires : une rencontre informelle avec des experts; une recherche sur la peine de mort dans laquelle nous avons analysé des débats parlementaires; et finalement une analyse jurisprudentielle très circonscrite à certaines causes mettant en scène la mobilisation des droits de la personne par les acteurs judiciaires. Pendant un moment nous avons hésité entre le choix de la méthode de cueillette de données à privilégier pour mener la recherche, nos hésitations étant entre la réalisation d'entretiens de recherche et l'analyse jurisprudentielle. Chacune de ces méthodes présentait des avantages et des inconvénients du point de vue de notre objet d'étude, mais nous avons en fin de compte convenu que la réalisation d'entretiens permettrait davantage de développements sur les logiques

¹²⁷ Comme le mentionnent Deslauriers et Kérisit, «un des aspects de la recherche qualitative consiste à analyser des données qualitatives. Ces données se présentent comme résistant à la mise en forme statistique. Ce sont les données de l'expérience, les représentations, les définitions de la situation, les opinions, les paroles, le sens de l'action et des phénomènes» (1997 : 105).

¹²⁸ Nous avons adopté cette expression pour nommer ce type d'entretiens, dans le cadre des recherches développées au sein de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale.

décisionnelles. Nous acceptons alors le principal désavantage de la méthode, soit le manque, dans le contexte de nos objectifs de recherche, de tradition et de recherches employant cette méthode pour étudier des systèmes de pensée (de systèmes sociaux de fonction).

En effet, la sociologie a développé peu d'instruments théoriques et méthodologiques permettant d'aborder les idées et les systèmes d'idées d'un point de vue empirique¹²⁹. Dans un article intitulé «La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux?», Pires fait remarquer, qu'au niveau méthodologique, dans des recherches qui veulent saisir le discours identitaire et le système de pensée d'un système social complexe, un tel discours « ne se produit pas [...] dans toutes les opérations du système ni dans tous les lieux » (Pires, 2004a :187). Il note alors que :

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. Les recherches sur l'histoire des idées concernant le système, ses théories, etc., constituent un instrument-clé pour cette recherche (Pires, 2004a : 187).

Comme pour les cas des *épistèmes*, l'analyse sur les systèmes d'idées mobilise en effet davantage les documents écrits, les matériaux qui emmagasinent de manière stable et non spontanée les «discours savants (ou ayant un appui savant) qui ont été sélectionnés, validés, stabilisés et généralisés par le système social» que nous voulons observer (Pires, 2004a : 183). Pourquoi alors avoir choisi l'entrevue? Pourquoi Pires lui-même propose-t-il alors, dans ce même article, d'envisager l'entretien comme un outil à explorer dans les recherches comme la nôtre?

Tout d'abord, parce que nous ne sommes pas à la recherche de ce discours : dans un sens, nous pensons l'avoir déjà trouvé. Nous travaillons avec la théorie de la rationalité pénale

¹²⁹ À partir des travaux de Michelat, Maitre (1975) a essayé de réfléchir à l'utilisation d'entretiens non-directifs pour un «nouveau cadrage épistémologique accroché au concept d'idéologie» (1975 : 248). Son approche exploratoire est inspirée du marxisme et de la psychanalyse et s'insère par conséquent dans une interface entre ces deux disciplines.

moderne depuis plusieurs années et nous avons par conséquent une connaissance des contours du discours identitaire et des principaux lieux de production de ce discours : textes de doctrine, de théorie du droit, de décisions jurisprudentielles et de documents gouvernementaux qui réfléchissent sur le droit criminel¹³⁰ (Pires, 2004a : 187). Or, reconnaîtra lui-même Pires, «une fois qu'on croit avoir trouvé ce discours», l'entrevue peut «avoir un rôle-clé à jouer» (*ibid.*). Et c'est ici que se trouve l'originalité des nouveaux horizons épistémologiques que l'auteur envisage pour ces «entrevues avec les systèmes» (sociaux).

Ces entrevues sont conceptualisées pour saisir des phénomènes cognitifs «macro-sociologiques», indépendants de la cognition des acteurs. Les recherches traditionnelles réalisées à l'aide d'entretiens ont «systématiquement thématiqué le *lien* entre l'acteur et le système» : «*l'acteur et le système* sont cousus ensemble et on observe soit *l'effet* du système sur l'acteur soit la *capacité* de l'acteur vis-à-vis du système» (Pires, 2004a : 177). Or, pour Pires, la question se pose : «peut-on concevoir des entrevues qui accordent une place plus importante au système "tout seul", sans un rapport «direct et soutenu aux acteurs»? (*ibid.*: 175). En explorant des «nouveaux horizons épistémologiques», cette approche propose une perspective qui déplace l'acteur et met au centre le système, par lui-même. En d'autres mots, «il s'agit alors de prendre appui sur l'expérience cognitive des acteurs dans le système communicationnel pour explorer plus directement, par l'entremise d'entrevues, certains aspects du système de pensée» (*ibid.*: 180). Comme l'indique Pires (2004a : 173-174), ce type d'approche «n'est utile que si le sociologue veut observer comment les systèmes sociaux observent et s'auto-observent, pensent et construisent leur monde et leur propre identité».

Tester empiriquement ce modèle d'entrevue était pour nous un défi méthodologique intéressant et nous avons profité de l'occasion qui nous était donnée par cette recherche pour le faire. Qui plus est, au-delà de notre curiosité méthodologique, d'autres raisons importantes nous ont amenée à privilégier cette technique. En effet, si le système de pensée est au centre de notre recherche, la problématique qui le sous-tend est centrée sur un paradoxe décrit

¹³⁰ Nous avons d'ailleurs eu recours à ces matériaux comme source d'information complémentaire, tout au long de la recherche.

comme «émergent». L'entretien nous est apparu comme une méthode particulièrement adaptée pour observer des phénomènes tenus pour «nouveaux», des objets qui n'ont pas encore donné lieu à des élaborations savantes ni de la part du système ni de la part des disciplines qui l'étudient. L'entretien nous est par ailleurs apparu comme étant plus indiqué du fait qu'il nous permettrait de saisir «le point de vue du système» à travers les acteurs judiciaires, des juges et des procureurs de la Couronne œuvrant dans les organisations centrales du système de droit criminel (les Tribunaux). Il s'agit là d'un champ d'observation que la littérature sur les droits de la personne considère comme central, mais qui demeure cependant sous-analysé. Dans la section qui suit, nous justifions davantage ce choix.

3.1.2.1 Justification des critères de sélection

Le point de vue des acteurs judiciaires, juges et procureurs de la Couronne, nous est apparu comme un «terrain» idéal pour mener notre enquête pour un certain nombre de raisons qu'il convient de bien identifier. La première est en rapport direct avec le fait mentionné ci-dessus, c'est-à-dire le manque de connaissances reproduites dans la littérature sur la façon dont les Tribunaux pensent et appliquent les droits de la personne : «it is amazing that throughout discussions of human rights the role of the court is not the subject of sociological analysis» (Anleu, 1999: 210).

Une autre raison qui a commandé notre choix d'interviewer les acteurs judiciaires est liée au fait qu'ils se trouvent dans une position où ils ont «the obligation to decide and the freedom to find reasons for a decision» (Luhmann, 1993 : 279). Confrontés au devoir de décider du choix d'une sanction pour résoudre un litige, ils peuvent puiser dans plusieurs idées et vocabulaires des motifs du système. Nous serions alors en mesure de tester notre hypothèse et d'observer si on peut identifier, dans les communications sur les pratiques, la présence de la RPM sur la cognition, une cognition qui serait «limited by points of view on justice» (Luhmann, 1993 : 279). En observant la façon dont les acteurs observent, nous serions donc en mesure d'analyser *comment* ils construisent la réalité quand il s'agit de penser au choix des sanctions et comment ils mobilisent (ou non) les droits de la personne dans le cadre de cet exercice.

Dans ce contexte, mettre l'accent sur l'observation des points de vue des acteurs judiciaires et construire un corpus empirique à partir de leur discours nous semblait pertinent parce qu'on peut penser que les juges, dans le cadre de leur pouvoir discrétionnaire, et que les procureurs, dans celui de leurs recommandations en matière de sanctions, sont les acteurs qui sont les mieux placés pour reconnaître et faire intervenir (ou non) les droits de la personne comme un critère décisionnel valable dans le processus de la détermination de la peine. Ceci est d'autant plus pertinent que le pouvoir des acteurs judiciaires dans la détermination du droit s'est considérablement accru depuis la constitutionnalisation et la judiciarisation des droits de la personne¹³¹ (Luhmann, 1993 : 279). Il s'agit par conséquent d'un terrain idéal pour observer les deux choses qui retiennent notre attention : (i) voir à travers les acteurs comment le système de droit criminel moderne mobilise la sémantique des droits de la personne pour prendre position sur la question du potentiel *garantiste*, critique et «évaluatif» que ces droits peuvent avoir face aux peines (chapitre IV); et (ii) voir si les théories de la peine interviennent dans cette prise de position et, dans l'affirmative, analyser de quelle façon elles le font (chapitre V).

3.2 Constitution de l'assise empirique

L'assise empirique de notre recherche est constituée de données provenant de deux types de sources :

- (i) le matériel discursif ressorti de nos entretiens de recherche avec des acteurs-membres du système de droit criminel comme source principale de données;
- (ii) des documents susceptibles de contenir le «discours identitaire» du système de droit criminel comme source secondaire de données (documents de doctrine juridique et de théorie du droit, décisions jurisprudentielles,

¹³¹ Après l'adoption de la Charte des droits et libertés en 1982, au Canada, les juges ont été investis du pouvoir d'évaluer de façon directe la conformité des lois édictées par le législateur. En d'autres mots, la judiciarisation des droits de la personne a ouvert la possibilité pour les acteurs judiciaires de questionner la justesse des politiques criminelles et des sentences prononcées par les juges d'instances inférieures en fonction des droits et garanties prévus dans la Charte.

documents produits par les commissions de réforme du droit et documents gouvernementaux de politique criminelle, etc.)¹³²;

La recherche empirique s'est appuyée, comme source principale de données, sur des entretiens de recherche réalisés auprès des acteurs qui œuvrent au sein des organisations centrales du système juridique : les tribunaux (Luhmann, 1993 : 293). Nous avons donc interviewé sur les thèmes de notre recherche des juges et des procureurs de la Couronne. Le corpus empirique a été construit de façon relativement flexible, notre but étant celui de considérer «une petite quantité de quelque chose pour éclairer certains aspects du problème» posé par notre objet d'étude (Pires, 1997 : 122). Notre objectif n'était pas d'étudier une «population» mais plutôt de questionner un univers cognitif et en ce sens, le matériel discursif issu des entretiens et des documents «autoréflexifs» (Pires, 2004a : 187) a pu avoir comme fonction de donner un support empirique à ce questionnement.

Le matériel discursif ressorti des entretiens de recherche a été jugé adapté à nos objectifs théoriques par sa *typicité* (représentativité *théorique*), par son ouverture à la caractérisation d'un système d'idées, par son appui à certaines généralisations *analytico-théoriques*, et finalement, par la richesse de son information laquelle, nous le verrons, nous permet de mieux comprendre la mise en forme (communicationnelle) du paradoxe qui nous occupe ici.

Nous avons conçu, au début de notre démarche, deux critères auxquels—dans un monde idéal—les participants à cette recherche allaient devoir répondre: nous voulions des juges et des procureurs (en fonction ou retraités) qui participent (ou qui ont participé) à des prises de décisions dans des causes pénales; nous avons par ailleurs tenu à ce que soient représentés dans le corpus tous les paliers de la hiérarchie judiciaire (cour de première instance et cour

¹³² Notre type de recherche ne peut pas se passer de cette source de données. L'utilisation de textes et de documents permet, d'une part, « d'ajouter la dimension du temps à la compréhension du social », et de l'autre de « pratiquer une coupe longitudinale qui favorise l'observation du processus de maturation ou d'évolution d'individus, de groupes, de concepts, de connaissances, de comportements, de mentalités, de pratiques, etc., et ce, de leur genèse à nos jours » (Cellard, 1997 : 251). On comprend alors pourquoi les sources documentaires s'adaptent particulièrement bien à notre objet de recherche : «le matériel fourni par l'histoire des idées, de la pensée, de la science ou de la connaissance» se révèle essentiel dans toutes les phases de la recherche (Pires, 2004a : 195).

d'appel, notamment la Cour suprême du Canada). Nous avons aussi—parce que l'occasion s'est présentée—réalisé trois entrevues dans un pays de tradition romano-germanique : le Portugal.

Ce regard outre-atlantique devait pouvoir appuyer l'hypothèse selon laquelle la RPM transcende les frontières de l'État-nation pour se déployer sans considération territoriale. Il ne visait d'aucune manière quelque objectif comparatiste. Nous avons ainsi pu observer qu'effectivement, «le système pénal occidental dépasse les frontières d'un pays sur plusieurs [...] aspects» (Pires, 2004a : 177), notamment sur les aspects plus cognitifs de la RPM. La RPM, de fait, se conçoit comme un système de pensée trans-national pouvant se passer d'un «nationalisme méthodologique»¹³³ (Beck et Willms, 2004 : 13). La communication juridico-pénale sur les droits de la personne se reproduit *dans le même* d'un côté comme de l'autre de l'Atlantique. Ceci dit, notre système de référence dans les chapitres analytiques demeure le Canada¹³⁴, pays où a eu lieu la grande majorité des entrevues qui composent le corpus empirique.

¹³³ Pour Beck, le *methodological nationalism* correspond à une forte tradition d'observation sociologique où l'on postule que «the nation-state is conceived of as something that contains society within its borders (Beck et Willms, 2004: 13). Or, pour Beck, les orientations de cette tradition doivent pouvoir être réévaluées à la lumière des transformations sociétales actuelles. Dans le contexte de la deuxième modernité, plusieurs d'entre-elles débordent effectivement le cadre de l'État-nation et concernent la société globale. La sociologie, insistera Beck, doit pouvoir renouveler et adapter son cadre d'observation à ces nouvelles réalités. Si Beck cible surtout les réalités sociologiques de la seconde modernité, on peut dire qu'en droit criminel, pour tout ce qui relève du système de pensée dominant de la RPM, la critique du «nationalisme méthodologique» est pertinente déjà à travers la première modernité. Dans un article intitulé «Sur le droit pénal en Europe», publié en 1843, Ortolan faisait la remarque suivante, que nous avons partiellement citée dans le chapitre précédent, et que nous reprenons maintenant au complet : «Celui qui considère dans leur organisation et dans le droit dont elles ont usé les nations diverses de l'Europe moderne, à mesure qu'il étend ses regards sur plus de choses, sur plus d'espace, et que sa pensée se généralise, celui-là voit apparaître un fait historique bien remarquable : une similitude frappante, souvent presque l'unité, dans les institutions, dans les législations, dans la jurisprudence européennes» (1843 : 121).

¹³⁴ Le peu d'entrevues réalisées au Portugal et, plus encore, l'objectif qui a présidé à leur réalisation, justifient notre choix de ne pas alourdir ou allonger la thèse avec une présentation du contexte judiciaire de ce pays.

3.2.1 L'entretien semi-directif comme méthode principale de collecte de données

Au final, notre corpus est composé de 30 entretiens (15 juges et 15 procureurs). Tous ont été conduits sous la forme semi-directive. Ce choix a été opéré en fonction des objectifs poursuivis dans la recherche. Ruquoy décrit ce qu'implique la posture de l'intervieweur qui opère dans la semi-directivité : «il suit la ligne de pensée de son interlocuteur tout en veillant à la pertinence des propos vis-à-vis de l'objectif de la recherche, à l'instauration d'un climat de confiance et au contrôle de l'impact des conditions sociales de l'interaction sur l'entretien» (1995 : 66). L'entretien semi-directif est celui qui se prête le mieux à des recherches visant à la fois l'approfondissement d'une question et la vérification de certaines hypothèses ressorties de la théorie (Ruquoy, 1995 : 69). Notre objet visait justement l'approfondissement du sens du rôle paradoxal des droits de la personne dans le système de droit criminel de même que la vérification de l'emprise de la RPM dans les opérations cognitives du système qui mènent à la prise de décisions sur le choix des sanctions. Notre recherche visait également à décrire la façon par laquelle se réalise la communication sur les droits de la personne dans le système de droit criminel et, à cet égard, l'entretien semi-directif a continué de nous paraître la technique d'enquête la plus appropriée.

De manière à pouvoir traiter de certains sous-thèmes spécifiques et d'ainsi répondre à nos questions de départ tout en nous assurant de rencontrer tous les objectifs que nous nous étions donnés, nous avons eu recours, aux moments opportuns, aux techniques de reformulation et de relance. Par ailleurs, nous avons aussi pu mettre à contribution la technique de la «question alternative», soit une question qui propose aux interlocuteurs deux façons différentes d'observer un phénomène et leur demande de se positionner face à ce choix. Ces questions sont formulées comme suit : «Certains observateurs considèrent ceci...tandis que d'autres observateurs pensent plutôt cela; quelle est votre position par rapport à cette question?». Cette façon de poser la question permet de mieux contrôler les glissements et d'éviter que l'acteur puisse déduire le point de vue du chercheur par rapport aux questions posées.

Une des particularités des entretiens semi-directifs par rapport aux entretiens non directifs, c'est que les premiers, contrairement aux autres, «sont menés à partir d'un guide d'entretien constitué de différents "thèmes-questions" préalablement élaborés en fonction des hypothèses» (Albarello, 2003 : 68). Ainsi, pour chaque entretien, nous avons toujours avec nous un guide d'entretien [Annexe I] que nous avons toutefois utilisé de façon assez souple dans la mesure où les acteurs abordaient souvent de façon très spontanée les thèmes plus importants pour cette recherche ainsi que leurs dimensions. Notre guide nous a donc servi d'«aide-mémoire» plutôt que de guide au sens strict du terme. Ce faisant, nous avons eu le sentiment de respecter l'ordre «d'exposition de la pensée du répondant» (Ruquoy, 1995 : 77).

La consigne de départ était assez ouverte («nous aimerions mieux comprendre la relation droits de la personne-droit criminel»). Par la suite, nous avons mis à contribution toute une série de questions de (re)spécification de la question générale, organisées en sous-thèmes : (i) rapport entre les droits de la personne et le droit criminel; (ii) rapport entre les droits de la personne et les théories de la peine; (iii) rapport entre les droits de la personne et les principes de détermination de la peine; et (iv) rapport entre les droits de la personne et certains types de sanctions (peines minimales d'emprisonnement, peine de mort, sanctions alternatives, etc.). Le guide a été quelque peu réajusté et amélioré après les premiers entretiens; une ou deux questions ont ainsi pu être éliminées lorsqu'elles s'étaient avérées peu révélatrices pour notre objet d'étude. Lorsque les interviewés n'abordaient pas eux-mêmes, de façon spontanée, les sous-thèmes importants, nous les leur proposons directement nous assurant ainsi que tous les sous-thèmes étaient traités dans toutes les entrevues. Nous avons par ailleurs consenti à ce que certains thèmes soient abordés beaucoup plus en profondeur que d'autres en raison des compétences, de l'expérience ou de l'intérêt de chaque interviewé.

3.2.1.1 Recrutement des participants

Il n'est pas toujours facile de convaincre des juges et des procureurs—débordés qu'ils sont dans le cadre de leurs tâches judiciaires—de participer à une recherche menée par quelqu'un qu'ils ne connaissent pas et qui n'appartient pas à leur milieu de travail. Non

seulement doivent-ils trouver le temps que nécessite cette participation (il leur fut communiqué que la durée moyenne d'un entretien était de 90 minutes), mais ils devaient en outre gérer certains obstacles bureaucratiques (par exemple, nous nous sommes rendue compte en cours de route que les procureurs ne pouvaient pas accorder d'entrevue sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de leur supérieur dans la hiérarchie judiciaire. Quant au recrutement, la tâche a été facilitée grâce à l'activation de notre réseau de relations institutionnelles. Nous avons pu bénéficier de l'aide et du support d'un certain nombre de personnes-ressources qui connaissaient des gens dans le milieu et qui ont eu la gentillesse d'accepter d'établir pour nous les premiers contacts avec nos interviewés.

Les personnes-ressources avaient à leur disposition un document précisant le but de la recherche, les objectifs visés et la procédure à suivre. De façon parallèle, à mesure que nous avons commencé à rencontrer des juges et des procureurs, nous pouvions alors leur demander des références, des noms de collègues pouvant être intéressés par la recherche. Plusieurs se sont même proposés d'établir eux-mêmes les contacts en notre nom.

Toute personne ayant accepté de nous accorder une entrevue recevait préalablement à notre rencontre un message électronique auquel était jointe une lettre de recrutement [voir Annexe II] dans laquelle nous nous présentions en tant que chercheuse et expliquions l'objectif et les buts de la recherche, la nature de la participation, le déroulement de la procédure et les thèmes que nous aimerions aborder. Suite à ce premier contact, des rendez-vous pour la réalisation des entretiens ont été pris, soit par message électronique, soit par téléphone.

3.2.1.2 Déroulement des entretiens

Sur une période de 7 mois, nous avons réalisé nos entretiens à Ottawa, Toronto, Gatineau, Saint-Jérôme, Montréal et Lisbonne (Portugal). Ils ont duré en moyenne 1 h 30m et ont généré un corpus d'approximativement 1200 pages de transcription. Les rencontres se sont déroulées en français, en anglais et en portugais. Nous avons laissé au choix des

participants la décision quant au lieu et à l'heure du déroulement de l'entrevue. Règle générale, les entrevues se sont réalisées dans les Palais de Justice des villes mentionnées.

Le jour de l'entretien, avant qu'il ne débute, nous avons rappelé aux participants les objectifs de la recherche et nous nous sommes mis à leur disposition pour répondre à toute question qu'ils auraient pu souhaiter nous adresser. Nous avons également demandé aux participants de lire, de remplir et de signer un formulaire de consentement libre et éclairé [voir Annexe III], un document contenant entre autres choses des renseignements liés aux questions d'éthique que soulève toujours la recherche avec des êtres humains. Il y est indiqué, entre autres, que la recherche et les instruments de travail (grille d'entrevue et formulaire de consentement) ont reçu l'approbation préalable du Comité d'éthique de la recherche de l'Université du Québec à Montréal. Ce document fait également état des aspects relatifs à la nature de la collaboration attendue, de la garantie d'anonymat et de la possibilité de retrait en tout temps.

La question de l'anonymat nous a posé des problèmes éthiques auxquels nous avons trouvé une solution «froide», mais qui nous paraissait néanmoins garantir le respect et la protection que nous voulions accorder aux acteurs. Puisque nous avons interviewé plusieurs juges de la Cour suprême, ceux-ci n'étant pas nombreux, nous avons décidé de ne faire aucune mention de l'appartenance institutionnelle des acteurs dans les extraits d'entretiens reproduits dans les chapitres empiriques. Ultérieurement, nos choix épistémologiques¹³⁵ nous ont amenée à être encore plus stricte dans l'application de ce procédé et nous avons alors décidé d'identifier les extraits à partir d'un chiffre correspondant à notre système de codage d'entrevues (par exemple, juge #3) et de ne pas mentionner le genre du répondant ou de la répondante.

Nous avons demandé à chaque participant, au début de l'entrevue, l'autorisation d'effectuer un enregistrement sonore : 29 acteurs judiciaires sur 30 y ont consenti. Dans le cas du participant ayant refusé l'enregistrement, nous avons procédé en adoptant la méthode de prise de notes.

¹³⁵ Cette question est développée dans la section 3.4 du présent chapitre.

Nous tenons à souligner que nous avons été extrêmement bien reçue par tous les participants à la recherche et dans tous les cas, nous avons pu bénéficier d'un climat très favorable à l'échange et à la réflexion. Nous avons l'impression que les acteurs se sont énormément investis dans la réflexion proposée et ont manifesté un grand intérêt pour le sujet. Cette impression s'est confirmée à plusieurs reprises lorsque certains d'entre eux nous ont contactée de nouveau, après l'entrevue, pour nous signaler un arrêt jurisprudentiel qui pourrait nous être utile ou une référence à laquelle ils avaient pensé depuis l'entrevue, etc. La réalisation des entrevues a été pour nous une occasion d'apprentissage par rapport à notre thème, mais aussi, grâce aux personnes intéressées et généreuses que nous avons rencontrées, une expérience très agréable du point de vue humain et très stimulante du point de vue intellectuel.

3.3 Méthode d'analyse des données

Pour interpréter nos données et produire nos résultats de recherche, nous avons eu recours aux méthodes de l'analyse de contenu (au sens large). L'analyse de contenu, nous dit Albarello, renvoie à «un ensemble de techniques de recherche permettant de décrire tout contenu de communication en vue de l'interpréter» (2004 : 80).

Le matériel discursif recueilli à travers les entretiens de recherche a été organisé, découpé, regroupé et catégorisé de manière à pouvoir être analysé et se constituer à proprement parler comme des «données» permettant l'élaboration d'«interprétations locales» et d'«interprétations globales»¹³⁶ (Duchastel et Laberge, 1999). Le présent chapitre ayant été rédigé après l'analyse, nous pouvons reconstituer ici les principales étapes que nous avons suivies pour la conduire. Il va sans dire que le travail de codage, d'analyse et d'interprétation

¹³⁶ Les «interprétations locales» sont des interprétations partielles que nous avons construites progressivement au cours de la recherche tandis que les «interprétations globales» visent à une compréhension de l'objet qui va au-delà des observations empiriques, elles proposent un modèle de compréhension provisoire, fait de toutes sortes d'éléments disparates (idées, concepts, données, matériaux historiques, etc.) et qui restitue à l'objet, à la fin du processus analytique, sa propre complexité (Duchastel et Laberge, 1999).

des données s'interpénètrent et ne correspondent pas à un processus linéaire (Maroy, 1995). Ceci dit, nous pouvons tout de même identifier quatre étapes ou quatre paliers d'analyse.

3.3.1 Étape 1 : organisation du matériau de première lecture

Sur le plan de l'analyse, notre toute première démarche fut celle d'entreprendre une lecture verticale exhaustive de tous les verbatims d'entrevue. Cette première lecture a été faite au fur et à mesure de la réalisation et de la retranscription des entretiens. Elle visait trois objectifs principaux : (i) l'identification—la plus descriptive possible à ce stade—des thèmes, des concepts et des distinctions ressortis des communications des acteurs; (ii) l'évaluation de l'adéquation du guide d'entrevue à l'objet d'étude et du besoin d'y apporter des ajustements ou des corrections et (iii) l'examen de la pertinence des hypothèses de départ et du potentiel du matériel recueilli à permettre leur vérification. En d'autres mots, nous avons voulu, dès le début du processus, nous assurer que les données seraient susceptibles d'apporter des réponses et des approfondissements à nos questions de départ et, également, tester l'adéquation des thèmes sélectionnés à l'hypothèse directrice. Comme le mentionne Maroy, «l'aller-retour constant entre les hypothèses de départ, la collecte des données et le traitement des données sont particulièrement importants [sic] lorsqu'on envisage l'analyse qualitative [...] comme un moyen de découverte et de construction d'un schéma théorique d'intelligibilité d'un domaine empirique concret» (Maroy, 1995 : 83). À ce stade, nous avons été rassurée de la pertinence de l'hypothèse directrice de la recherche, mais nous avons compris que d'autres hypothèses secondaires devraient être formulées pour la pleine exploitation de la richesse de l'empirie, toujours en relation avec notre cadre théorique.

Le traitement des données ainsi que leur analyse ont été appuyés par le logiciel NVIVO. Chaque paragraphe de chaque entretien a été codé : l'idée principale a été indiquée, ainsi que les mots-clés et les catégories mobilisées dans la communication (ainsi, par rapport au paragraphe 1 de l'entrevue # 1, nous pouvions avoir : droits de la personne+accusé+procès, et ainsi de suite). Tout le corpus a été décortiqué et codé de façon détaillée. Lors de cette première lecture, nous nous sommes efforcée de décrire «ce qui était là» et de nous imprégner de ce matériau sans nous soucier de la construction de nouvelles catégories

analytiques. Nous avons profité de cet exercice pour identifier et isoler les communications qui nous paraissaient les plus pertinentes pour notre objet d'étude. Nous avons ainsi créé une première série de «catégories descriptives» encore très étroitement reliées aux notions présentes dans le matériel empirique. Ce faisant, nous avons pu visualiser les types de relation qui émergeaient dans la communication, les associations d'idées ou de notions. Une soixantaine de catégories sont ressorties de cette première analyse, notamment, à titre d'exemple, «modération des peines», «sanctions alternatives», «peine de mort», «application des peines», «dissuasion», «législateur», «victime», «mouvements sociaux», «peines minimales», «public», etc. Nous avons aussi créé deux catégories générales : la première, appelée «extraits significatifs» (Maroy, 1995), rassemble tous les extraits qui nous ont paru «intrigants», paradoxaux, ou débordants de pertinence; la deuxième, appelée, en nous inspirant de Kaufmann (2004 : 7) «phrases récurrentes», désigne les expressions que les acteurs judiciaires emploient abondamment telles que «il faut envoyer un message», «face à tel comportement, je n'ai pas le choix», etc.). Ce travail nous a permis de plonger dans le matériel empirique, de nous imprégner du contenu tout en constituant une première base de données qui allait nous permettre plus tard de repérer rapidement l'ensemble des extraits correspondant à chaque catégorie.

Après cette première lecture nous avons construit une «feuille-résumé» pour chaque entretien (Maroy, 1995) sur laquelle nous avons noté les thèmes les plus abordés, les impressions que nous avons eues au cours de l'entretien et les événements discursifs plus surprenants et qui nous poussaient intuitivement à creuser davantage dans le cadre des prochaines entrevues.

3.3.2 Étape 2 : analyse des «extraits significatifs» et des «phrases récurrentes»

Avant de commencer la deuxième lecture, nous avons analysé en profondeur les «extraits significatifs» et les «phrases récurrentes». Dans un premier temps, ces deux catégories avaient été construites de façon plutôt intuitive. Dans la première catégorie, nous avons consigné les extraits qui nous ont paru surprenants, pertinents, «intrigants» ou structurants. Nous avons commencé à identifier certaines distinctions indiquées par les acteurs de façon

systematique. Par exemple, les discours étaient souvent structurés à l'aide des distinctions suivantes : après la Charte/avant la Charte; les droits de l'accusé/les droits de la victime; en matière de procédure/en matière de peines; etc. Quant aux «phrases récurrentes», elles indiquaient certains thèmes qui revenaient sans cesse et que les différents acteurs décrivaient en se servant pratiquement des mêmes mots : «je n'ai pas le choix»; «il faut obéir aux courants jurisprudentiels»; «il faut protéger la société»; «il faut envoyer un message clair à la population par des peines conséquentes»; «si nous ne punissons pas, il y a un problème de confiance dans le système», etc.

Nous avons alors créé un certain nombre de nouvelles catégories analytiques. Par exemple, nous avons réfléchi à la signification possible de la phrase récurrente «je n'ai pas le choix». En fait, par rapport à la détermination de la peine, les acteurs *ont des choix à faire*, ils bénéficient d'une grande marge de liberté. Même par rapport aux peines minimales imposées par le législateur, les acteurs peuvent décider d'en questionner la constitutionnalité. À partir de cette idée récurrente nous avons pu identifier, dans l'analyse, des obstacles—que nous n'avions pas nécessairement prévus—à une percée *garantiste* des droits de la personne. Une analyse systématique de ce problème, nourrie par le retour éclairé et éclairant de la littérature, nous a permis de construire de nouvelles catégories analytiques («indépendance cognitive»), de nouvelles hypothèses (la hiérarchie judiciaire peut devenir dans certains contextes un obstacle au renouvellement des idées sur les peines) et des nouvelles propositions (les acteurs judiciaires n'utilisent pas leur marge de manœuvre opérationnelle pour questionner les peines). Ce type de travail a été réalisé par rapport à une série de thèmes qui ont émergé des données et qui étaient absents de notre cadre analytique. Celui-ci a pu être affiné en conséquence et s'est complexifié pour pouvoir accueillir les «découvertes» de terrain.

3.3.3 Étape 3 : construction et application des grilles analytiques

Nous avons finalement entrepris une deuxième lecture verticale de notre assise empirique. Chaque entrevue a été analysée en fonction des catégories analytiques du cadre théorique et des catégories analytiques ressorties des données.

À mesure que nous procédions à ce nouveau codage, nous avons «classé» chaque communication à l'intérieur de un (ou plus) des trois grands thèmes suivants : (i) les auto-descriptions des théories de la peine et de ses sous-produits; (ii) les auto-descriptions des droits de la personne et (iii) les communications sur les pratiques de détermination de la peine. Trois grilles analytiques ont été construites et testées sur le corpus empirique. Par rapport au premier thème, il s'agissait d'une part de regrouper et de classer les catégories descriptives en fonction de la grille d'analyse proposée par la théorie de la rationalité pénale moderne et, d'autre part, de les insérer dans les dimensions analytiques que nous avons fait ressortir progressivement à mesure que le matériau était analysé (étapes 1 et 2). Chaque entrevue a été soumise à la grille suivante :

- auto-descriptions des théories de la peine : (i) de quelle façon les acteurs communiquent sur la théorie de la dissuasion?; (ii) développent-ils des points de vue subjectifs (adhésion aux idées de la théorie ou critique et remise en question de ces idées?); (iii) dans quels contextes communicationnels se servent-ils de la théorie?; (iv) est-ce que la théorie est mobilisée pour justifier le choix des sanctions? (v) dans les cas où la théorie est reliée aux pratiques, quel impact exerce-t-elle sur le choix des sanctions (modération, aggravation, etc.)?; (vi) quels sont les principes, les idées, les «médiums» et les associations d'idées qui surgissent dans la communication sur la théorie de la dissuasion?; (vii) finalement, quels sont les mots, les idées, les principes, les notions que la communication sur la dissuasion semble exclure? Cette grille a été appliquée à toutes les communications sur chaque théorie. Voici un exemple virtuel de ce à quoi pouvait ressembler cette grille :

Tableau 3.1
La grille «théories de la peine»

Juge (#) Procureur (#)	Appréciation Personnelle	Contextes de mobilisation	Impact (perçu) sur les peines	Principes et médiums attachés à la communication	Principes et médiums exclus de la communication
Énoncés sur la théorie de la dissuasion	Croit à l'effet dissuasif.	Fléaux Indication de la cour	Aggravation Modération	Peine sévère Récidive	Pardon. Dédommagement. Etc.
	Ne croit pas à l'effet dissuasif.	d'appel. Etc.	Etc.		
	Parfois.				
	Etc.				

La théorie de la RPM a guidé la réduction du corpus empirique et le travail analytique a surtout consisté à «tester» la richesse de ce cadre théorique dans sa capacité à faire parler ce corpus et à évaluer la pertinence du corpus à enrichir le cadre d'analyse (Maroy, 1995 : 91). Toutes les cases indiquées ainsi que toutes les dimensions sélectionnées ont été remplies par rapport à chaque entretien.

Pour le deuxième thème (les auto-descriptions des droits de la personne), nous ne disposons pas d'une grille offerte par des recherches antérieures. De ce fait, l'objectif relié à ce thème était de nature exploratoire et procédait de la logique de la découverte. Les catégories ici ont été dérivées des matériaux. Nous avons conçu une grille de lecture à partir de la première catégorisation et de l'analyse des «extraits significatifs». Voici un aperçu des dimensions par rapport auxquelles les données ont été regroupées :

Tableau 3.2
La grille «droits de la personne»

Juge (#)	Contextes	Impact	Accouplements	Arguments
Procureur	de mobilisation	(perçu) sur les		qui semblent
(#)		peines		favoriser
	Audience	Modération	Droits des	Culture
Droits de	Procédure	Sévérité	victimes	judiciaire/
la	Etc.	Etc.	Droits de la	Charte
personne			société	Enquêtes
			Droits judiciaires	«viables»
			Etc.	Etc.
Arguments	Médiums	Fonctions	Effets perçus sur	Effets sur
qui semblent	rattachés à la	(perçues)	le droit criminel	les pratiques
inhiber	communication			judiciaires
Directives	Un phare	Encadrer le	Humanisation/non	Ça a tout
Victime	Morale	droit	significatifs, etc.	changé.
Etc.	Etc.	criminel/retarder		Rien
		les procès		changé.
				Changé
				certaines
				choses.
				Etc.

Ce travail analytique nous a permis de bien observer le paradoxe que nous voulions traiter, mais nous étions encore insatisfaite des interprétations partielles. Notre matériel nous a permis de vérifier un certain nombre d'hypothèses que nous avons problématisées dans le chapitre théorique (par exemple, la victime peut demander des peines sévères), mais nous voulions approfondir davantage le sens du problème. Le déploiement des logiques de la communication et la compréhension plus rigoureuse et développée des réalités observées se sont complexifiés plus tard, en confrontant les grilles et en croisant les données.

Par rapport au troisième thème (les communications sur les pratiques de détermination de la peine), la grille a été construite suivant le regroupement des catégories descriptives et analytiques en fonction de certaines dimensions qui sont apparues plus pertinentes. Cette grille a été construite avec l'objectif de répertorier les idées associées aux pratiques et d'identifier les habitudes communicationnelles et cognitives qui sont mises de l'avant dans l'exercice de la détermination de la peine. Cet exercice a été réalisé par rapport à la peine d'emprisonnement, aux sanctions alternatives, aux peines minimales et par rapport au pardon.

Tableau 3.3
La grille «détermination de la peine et choix des sanctions»

Juge (#) Procureur (#)	Contextes de mobilisation	Théories et idées mobilisées	Rapport avec les droits de la personne	Arguments qui semblent favoriser
Emprisonnement	Orientation des cours d'appel. Le crime mérite cette peine. Type de crime. Etc.	Dissuasion Responsabilisation Etc.	Faibles Forts Etc.	Souffrance de la victime. Opinion publique. Etc.
	Arguments qui semblent limiter l'usage	Médiums rattachés à la communication	Fonctions (perçues)	Autre
	Type de crime Type de criminel Etc.	Récidive Gravité Etc.	Protéger les honnêtes citoyens. Réhabiliter Etc.	

Tout le matériel a été codé en fonction de ces trois grilles. Cette réorganisation du corpus nous a révélé de nouveaux aspects du problème ce qui nous a permis, en fin d'exercice, d'approfondir certaines interprétations. Nous avons vu émerger des liens et des relations que nous n'avions pas soupçonnés antérieurement et qui se sont révélés essentiels à la réalisation

de nos objectifs de recherche et à la construction de nouvelles interprétations—«plus ancrées» et aussi plus inattendues—de nos données. À titre d'exemple, la soumission du corpus empirique à ces grilles analytiques et son analyse systématique nous ont permis d'observer une grande différence dans la façon par laquelle les droits de la personne sont mis en forme dans le domaine des normes de procédure et dans le domaine des normes de sanction. Ces opérations nous ont, entre autres, permis de voir que la communication sur les droits de la personne, dans le contexte de la procédure, suivait certaines routines cognitives bien ancrées et «prévisibles», alors que les communications sur les droits de la personne dans le contexte de la détermination de la peine ne semblaient pas, elles, décrire une orientation stable et cohérente, bien au contraire, les communications se sont plutôt révélées erratiques et paradoxales. Nous avons aussi pu observer une pluralité de fonctions que les acteurs judiciaires attribuent aux droits de la personne. Cette étape de l'analyse a débouché sur un certain nombre de catégories et d'hypothèses nouvelles lesquelles nous ont amenée à la dernière étape analytique.

3.3.4 Étape 4 : «Recodage» et vérification des hypothèses

Les étapes précédentes ont dégagé un certain nombre de catégories analytiques qui ont émergé progressivement à mesure que les données ont été codées, analysées et interprétées. Notre but principal dans cette étape a été celui de tester la solidité des interprétations et des propositions descriptives issues de l'analyse. Tous ces résultats seront présentés et analysés en détail dans les chapitres analytiques qui suivront.

Cette dernière étape a été centrée d'abord et avant tout sur un nouveau questionnement du corpus empirique guidé par les nouvelles pistes de recherche et les nouvelles hypothèses progressivement construites. Nous avons soumis tout le corpus empirique à de nouvelles réorganisations et à de nouvelles réductions en fonction d'un certain nombre de «trouvailles» ficelées au cours des étapes précédentes de l'analyse et des interprétations de «mi-chemin». Nous avons ainsi évolué non pas linéairement, mais bien en «spirale», c'est-à-dire d'une façon où «le même matériau peut [...] être travaillé plusieurs fois au cours de l'analyse et les phases se succéder à plusieurs reprises» (Maroy, 1995 : 89). Nous avons donc repris le travail analytique pour enrichir et vérifier les nouvelles «données», en ayant recours cette fois-ci à

une analyse horizontale (ou transversale) systématique. Ce travail a été considérablement facilité par l'utilisation du logiciel NVIVO qui a permis de questionner, très rapidement, tout le corpus empirique par rapport aux nouvelles dimensions que nous voulions tester. Le travail de codification détaillée que nous avons entrepris lors de la première lecture a porté fruit tout au long de cette analyse. Le logiciel nous a permis d'extraire tous les énoncés sur un thème ou une notion et de croiser les données.

Nous avons construit une série d'instruments de travail qui nous ont accompagnée tout au long de la rédaction des chapitres analytiques. Un de ces documents présentait, sous forme analytique, tous les résultats ressortis de l'interprétation des trois grilles d'analyse ci-dessus mentionnées, regroupés en huit thèmes : (i) penser les peines; (ii) penser les droits de la personne; (iii) idées de la RPM; (iv) idées en dehors de la RPM; (v) penser l'opinion publique; (vi) penser la victime et les mouvements de victimes; (vii) penser le rapport système politique/système juridique; et finalement (viii) penser le rôle du juge/procureur. Nous avons aussi constitué des «fichiers» autonomes sur un certain nombre de thèmes, qui regroupaient toutes les communications se rattachant à ce thème spécifique. Ces fiches nous ont aidée à procéder à des vérifications supplémentaires exhaustives. Par exemple, nous avons construit des fichiers regroupant : (i) les communications sur la «victime»; (ii) les communications sur la «fonction du droit criminel»; (iii) les communications sur «les mouvements sociaux», etc. Ces fichiers ont été construits tout au long du processus de rédaction des chapitres analytiques, chaque fois que nous avons senti le besoin de vérifier nos résultats de recherche et de «contrôler» nos interprétations.

Les nouvelles pistes de recherche ont apporté une contribution essentielle à notre cadre théorique et à notre compréhension de notre objet d'étude. Elles nous ont permis de stabiliser le fil directeur (empirique) qui devait guider les chapitres empiriques et qui devait être mis en rapport permanent avec le fil directeur ressorti du cadre théorique. À partir de ce moment, ces deux fils ont établi entre eux un rapport de «contrôle mutuel», l'empirie modelant et/ou construisant la théorie et la théorie encadrant l'empirie, enrichissant son sens et sa capacité à produire de nouvelles connaissances.

3.4 Considérations épistémologiques

Une des prémisses épistémologiques de cette recherche est que nous pouvons avoir accès au système cognitif du système de droit criminel par l'entremise d'entretiens de recherche, sans un rapport «direct et soutenu» avec les acteurs (Pires, 2004a : 175). Nous avons dès lors considéré qu'à travers le discours des acteurs, un système social s'auto-décrit, se pense et se reproduit. Dans cette vision des choses, c'est la communication (du système) qui produit le discours (de l'acteur) plus que l'acteur qui produit la communication (Foucault, 1969; Luhmann, 1984; Teubner, 1989a; Pires, 2004a). La communication du système est ainsi le socle à partir duquel le système de pensée peut être saisi empiriquement.

Nous développerons ici les deux postulats qu'une telle démarche implique soit : l'attribution d'une place centrale à la communication, envisagée comme étant la seule opération sociale pouvant être observée (3.4.1) et le décentrement du sujet et le recentrement sur le système (3.4.2). Pour conclure, nous soulignerons les implications méthodologiques et épistémologiques de nos choix dans la façon même de concevoir l'objet et son observation (3.4.3).

3.4.1 L'observation de la «communication»

En puisant dans la théorie des systèmes l'orientation selon laquelle «Sociology should learn how to describe the multiple ways in which social systems describe themselves» (Lee, 2000 : 329), notre point de départ est la prémisse voulant que la recherche empirique ait comme but l'observation d'un processus de communication sociale par lequel le système s'auto-décrit. Le matériel discursif ressorti des entretiens a été traité comme des «auto-descriptions» *du système* de droit criminel, plus spécifiquement comme des «auto-descriptions réflexives» de ses organisations centrales» (Teubner, 1996 : 128). Ces communications sont théoriquement pensées comme participant à la reproduction du système social et non à la reproduction du système psychique de l'individu (Luhmann, 1993). En ce sens, pour l'observateur de deuxième ordre qui souhaite observer comment un système communique, ce qui importe, c'est de prendre comme point de référence le circuit (système)

à l'intérieur duquel une communication prend forme. Dans cette optique, comme le point de vue personnel de l'acteur n'est pas ce qui détermine le sens de la communication, il devient sociologiquement moins significatif pour l'analyse. Luhmann précise:

[...] when you observe a process of communication, you must know the preceding communication, perhaps also the themes, and what can meaningfully say about it. Generally, you do not need to know the structures of the individuals' consciousness (Luhmann, 2002: 165).

À travers le discours des acteurs, mais indépendamment de leurs consciences subjectives, c'est le système social qui se reproduit. Le sens de la communication est spécifié, à l'intérieur d'un espace de possibles, par les schèmes d'observation du système, par ses structures cognitives, ses idées, ses théories. L'acteur est toujours quelque part derrière l'ancrage empirique de la communication, derrière un texte, derrière un énoncé, mais ce qui est mis de l'avant par l'auteur, est proprement social. La communication est en effet une opération typiquement sociale, autonome par rapport aux consciences des individus. Comme l'expliquent Barbesino et Salvaggio, «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)» (Barbesino et Salvaggio, 1996: 70). Ce qui nous amène à parler du décentrement du sujet dans l'analyse sociologique que nous propose Luhmann.

3.4.2 Le décentrement du sujet

Par rapport aux acteurs, la communication sociale est autonome, mais elle en dépend. Les explications offertes par Seidl permettent ici de saisir le sens de cette observation: «psychic systems are *necessarily* [dépendance] involved in bringing about communication», en même temps, «what the "involved" psychic systems think during the communication, is (at first) completely irrelevant [autonomie] for the communication» (Seidl, 2005b : 29-30). Luhmann souligne les implications de cette théorie pour l'analyse sociologique :

La séparation des systèmes sociaux et des systèmes personnels ne peut évidemment pas être réalisée d'une manière concrète et matérielle (*dinglich-konkret*) dans le sens où ces deux systèmes entreraient successivement en action. Elle ne signifie pas non plus l'isolement au sens d'une négation de toute influence réciproque. On veut simplement dire par là qu'il existe, au sens de l'action, des aspects qui doivent être attribués soit au système social soit au système personnel, mais pas aux deux à la fois, et si les choses se passent ainsi, les réactions doivent être différenciées en conséquence (2001a : 244).

Pour la théorie des systèmes, les explications pouvant nous aider à mieux décrire le «comportement» des systèmes ne peuvent se trouver qu'à l'intérieur du système lui-même : par conséquent, elles ne peuvent pas émerger des consciences individuelles qui, elles, évoluent bel et bien, si on suit la théorie des systèmes, *dans l'environnement du système*. Comme le rappellent en effet Barbesino et Salvaggio, pour la théorie des systèmes, «l'opération fondamentale d'un système psychique est la "conscience" [alors que] celle d'un système social est la "communication"» (Barbesino et Salvaggio, 1996 : 63). En ce sens, les systèmes psychiques et les systèmes sociaux se reproduisent différemment : les uns par la conscience et les autres par la communication et dans ce cadre, «aucune communication ne saurait jamais être un événement de la conscience» (*ibid.*: 67).

L'approche que nous avons choisie nous oblige donc à effectuer un déplacement auquel nous pouvons nous référer par l'appellation de « décentrement du sujet »¹³⁷. Pour le dire comme Teubner, nos choix théoriques et épistémologiques nous obligent à ...

¹³⁷ La théorie des systèmes n'a aucunement été la première à faire le choix épistémologique de décentrer le sujet. À cet égard il sera utile de rappeler les propos de Durkheim : «Nous croyons féconde cette idée que la vie sociale doit s'expliquer, non par la conception que s'en font ceux qui y participent, mais par des causes profondes qui échappent à la conscience» (cité par Maitre, 1975 : 254). Becker indique que Lévi-Struss a lui aussi proposé une telle démarche : «By abandoning a subject-centered perspective, he intended "to show not how men think in myths, but how myths think themselves in men, and without their being aware of it"» (Becker, 2005: 224). Foucault avait construit le concept central de discours en le libérant de toute fondation transcendante ou psychique. Avec lui, «le sujet humain n'est plus à l'origine du discours, au contraire, c'est le discours qui produit le sujet humain comme artefact sémantique» (Teubner, 1996 : 181). Ce qui est peut-être plus particulier avec Luhmann, plus « nouveau » c'est la radicalisation de la proposition suggérant que les consciences psychiques évoluent à l'extérieur des frontières communicationnelles de la société. Nous ne pouvons pas, dans les limites de cette section du chapitre méthodologique, rendre compte de l'ensemble de ce débat épistémologique. C'est pourquoi nous invitons notre lecteur à s'en remettre au texte de Teubner pour des éclaircissements supplémentaires.

[...] faire 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 caractéristiques structurelles des systèmes sociaux, des discours, des processus communicationnels, bref aux caractéristiques des configurations sociales autonomes de quelque dénomination que ce soit (Teubner, 1996 : 127).

Le décentrement du sujet nous invite à chercher les réponses à nos questions directrices dans l'historicité du système, dans ses structures cognitives plutôt que dans la psychologie de ses membres¹³⁸. La sociologie de Luhmann implique un nouveau départ épistémologique et l'abandon de la distinction sujet/objet au profit de la distinction système/environnement. Les systèmes sociaux sont ainsi des sujets épistémiques, qui observent, qui pensent, qui tracent leurs frontières en se servant de leur identité et qui se reproduisent à travers la communication.

Il ne s'agit pas ici de personnifier le système, mais de reconnaître que les systèmes ont un point de vue et une perspective sur eux-mêmes et sur leur environnement et ce, indépendamment des points de vue qui peuvent se manifester dans la conscience des acteurs. Pour Teubner, le droit n'échappe pas aux implications de ce positionnement:

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 (Teubner, 1989a: 739).

Nous aimerions inviter nos lecteurs à nous accompagner dans cette épistémologie et de tenter, comme nous l'avons fait nous-même, d'observer les extraits que nous allons soumettre à l'analyse comme des réalités «communicationnelles» proprement «sociales» et indépendantes de la psychologie des acteurs. Nous aimerions insister sur le fait que

¹³⁸ Ce positionnement épistémologique, décentré de l'acteur, est une autre raison justifiant la décision de ne pas utiliser de pseudonymes dans l'analyse. Le caractère « non personnalisé » des extraits reproduits dans l'analyse devait constamment pouvoir nous servir de rappel par rapport aux implications épistémologiques de notre démarche. En tant que sociologue formée dans une toute autre tradition épistémologique, l'attraction du point de vue subjectif est forte et souvent, nous nous retrouvons malgré nous à attribuer le sens d'un extrait à un acteur en particulier. Mais nous avons tenté tant que faire se peut de contrôler les écarts, mais il se peut que certains nous aient échappé en cours de route.

l'approche que nous avons choisie est complémentaire à celle des théories sociologiques qui accordent à l'individu une place privilégiée dans l'analyse et ne cherche aucunement à mettre en question l'essentiel des résultats qu'elles ont produits. Elle nous invite seulement à changer le point d'observation de l'analyse, dans l'espoir que, ce faisant, nous puissions observer des choses *différentes* et ainsi contribuer à jeter un peu de lumière sur les points aveugles (qui existent dans toute observation, peu importe la perspective adoptée) qu'une analyse centrée sur l'individu ne permet pas de prendre en considération. Il s'agit de deux niveaux d'observation distincts. Nous pouvons les représenter comme suit :

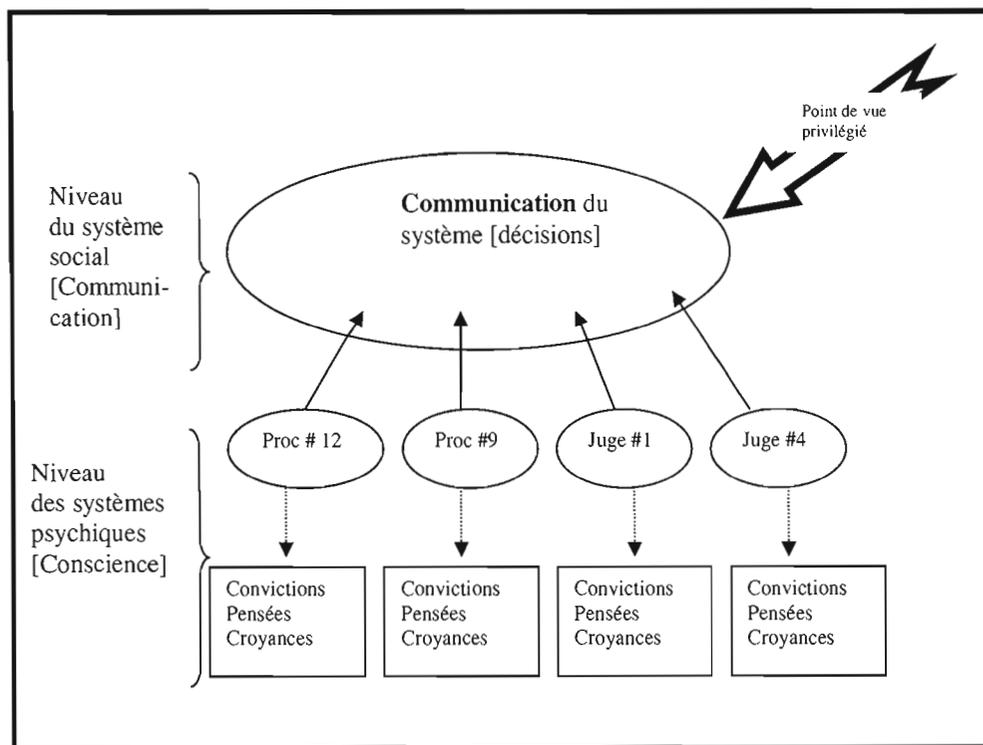


Figure 3.1 La communication comme niveau d'observation privilégié dans la recherche

De façon globale nous avons centré l'observation sur la communication du système social. Cependant, nous ne nous sommes pas privée de nous prononcer sur les points de vue

de l'acteur dans tous les cas où nous avons considéré que l'analyse gagnerait en richesse, en rigueur ou en clarté par la mise en relief d'un point de vue subjectif. Outre ces situations, nous avons considéré que notre objet—l'observation d'un système de pensée d'un système social—se prêtait bien à une approche centrée davantage sur le «système» et sa communication que sur l'individu et sa conscience.

Nous terminerons cet exercice en montrant les différences entre cette posture et une posture qui privilégierait le point de vue des acteurs. Nous utiliserons l'exemple de la recherche de Hogarth afin d'illustrer, par contraste, en quoi notre approche est différente et demande une autre stratégie d'observation.

3.4.3 La détermination de la peine : «human process» et/ou «systemic process» ?

Les recherches sur la détermination de la peine qui prennent en compte les théories de la peine dans l'explication de cette phase du processus ne sont pas légion. Une étude classique et pionnière dans ce créneau de recherches est celle de Hogarth, *Sentencing as a human process* (1971). Cette recherche, réalisée en collaboration avec des juges canadiens dans une démarche ouvertement empirique, a combiné des stratégies qualitatives et quantitatives et privilégié par ailleurs l'interdisciplinarité. Le but de la recherche de Hogarth était celui d'examiner «empirically the sentencing process in the normal course of the court's work, including all the factors that precede the actual disposition by the court of individual cases» (Edwards, 1971: vi). Plusieurs facteurs ont été analysés par Hogarth et la recherche de relations statistiques a été mise à l'épreuve : l'âge des magistrats, leur statut marital, le groupe religieux d'appartenance, la position sociale, les croyances, les attitudes judiciaires, la «cognitive-complexity»¹³⁹ de la pensée dans le processus de détermination de la peine, etc.

¹³⁹ Plusieurs des analyses de Hogarth se sont effectivement concentrées sur la façon par laquelle les juges observaient les faits. On pourrait dire, en langage systémique, que le but de Hogarth ici a été d'observer comment les systèmes observés observaient. Pour ce faire, Hogarth a construit le concept de «complexité-cognitive», «a measure of the information-processing ability of an individual» et l'a attaché spécifiquement à l'intelligence de l'individu (1971 : 379). Hogarth a relié dix-sept variables, empiriquement informées, au concept de «complexité-cognitive». Ces analyses lui ont permis d'arriver à certaines conclusions plutôt amusantes : «...magistrates concerned about reformation tended to be cognitively-complex while those magistrates concerned primarily about punishment or incapacitation were rather less complex» (1971 : 379).

(Hogarth, 1971 : 399). Un des éléments qui a été considéré comme central dans la recherche, et qui nous intéresse plus particulièrement, a été celui qui prétendait établir une relation entre la peine choisie et la philosophie pénale du magistrat. L'influence des théories de la peine a été analysée au plan individuel, ces théories étant observées comme des théories *des acteurs*. Regardons la façon par laquelle il décrit ce qu'il va observer et comment il prétend l'observer :

This is a study of the sentencing behaviour of magistrates. [...] The research described did not begin with a theory of judicial behaviour, but rather with a set of questions and several explicit assumptions about where their answers might be found. Guided by these questions and assumptions the study was initiated with an attempt to gain familiarity with magistrates, their world, and their way of making decisions. The first objective was to *penetrate beneath the formal justification for sentencing, as expressed in reported cases, in order to understand the "inside story" or "meaning" of sentencing as magistrates themselves experience it in their everyday world* (Hogarth, 1971: 15, nos italiques).

Ce type de proposition est relativement typique dans les recherches qualitatives qui recommandent à différents degrés d'aller au-delà des raisons exprimées ou explicites et qui se donnent comme mission de faire émerger les raisons implicites, latentes, cachées, les seules pouvant expliquer «réellement» le comportement des acteurs. Ce que Hogarth appelle les justifications formelles, que *d'un point de vue constructiviste* nous appellerions les motivations institutionnelles, se retrouve alors disqualifié comme objet de recherche légitime. L'observation des institutions formelles a perdu sa pertinence pour ne pas dire sa légitimité (Haan, 1990) et nous pouvons dire, de façon provocatrice, que la sociologie du droit et même la sociologie constructiviste de la déviance ont opéré un *décentrement du système*.

Sans vouloir généraliser et sans pouvoir nous prononcer sur d'autres objets d'étude, nous voulons soutenir que lorsqu'il s'agit d'observer le «comportement» du système de droit criminel, par exemple, un constructivisme méthodologique exige d'orienter l'observation d'abord et avant tout sur les «justifications formelles» qui sont reproduites récursivement par le circuit de communication du système. La démarche ne doit pas viser «au-dessus des justifications formelles» ni «au-delà des apparences», elle doit au contraire tenter de les pénétrer directement, de questionner leur formation, les idées qui les nourrissent et les mécanismes qui garantissent leur récursivité. En nous plaçant dans une perspective qui est

différente de celle de Hogarth, nous voulons suggérer que le fait que les théories de la peine soient une justification formelle a, *en soi*, une signification d'une importance fondamentale. En effet, c'est seulement à travers l'utilisation «en chaîne» de ces justifications formelles que les communications du système se rattachent les unes aux autres et continuent d'être considérées et renforcées—justement en raison de cette reproduction récursive—en tant que justifications légitimes *du point de vue du système*. Du fait qu'elles soient ainsi tenues et retenues comme des justifications légitimes, elles sont vues comme pouvant être reconduites dans les opérations à venir, provoquant ainsi le même type de décisions dans un processus de *recyclage cognitif* potentiellement perpétuel.

Pour conclure, nous voulons insister, en tirant profit de l'épistémologie constructiviste de la théorie des systèmes, qu'il n'est pas inintéressant, du point de vue de la connaissance, de concevoir la manière de décider du système, les processus cognitifs qui appuient la détermination de la peine, comme des processus «systémiques». Dans les chapitres analytiques qui vont suivre, les théories de la peine seront traitées comme des théories *du système* et non en tant que philosophies pénales propres aux systèmes psychiques des acteurs. Il se peut que cette exploration se montre décevante et qu'elle n'apporte pas tous les bénéfices escomptés sur le plan du développement de connaissances. Mais nous avons décidé de donner une chance à ce type de démarche, considérant qu'une recherche doctorale, comme toute recherche par ailleurs, est aussi un processus d'apprentissage et que des tests et des défis et des risques en font inévitablement partie. De toute façon, il fallait essayer avant de rejeter.

CHAPITRE IV

LES AUTO-DESCRIPTIONS DES DROITS DE LA PERSONNE ET LEURS MISES EN FORME

Dans le discours de nos contemporains, les “droits de l’homme” sont à leur zénith, mais ils font problème. Méditons ce double phénomène (Villey, 1983 : 8).

Introduction

Le travail d’analyse présenté dans ce chapitre est centré sur les communications actualisées par les acteurs judiciaires en référence à la sémantique des droits de la personne. Nous entendons couvrir un premier objectif de recherche qui est celui de pouvoir contribuer à l’élaboration d’une description sociologique de la complexité qui caractérise la réception et la mise en forme de la sémantique des droits de la personne par le système de droit criminel moderne, plus précisément, par ses institutions centrales, les Tribunaux.

La question empirique à laquelle nous voulons répondre dans ce chapitre est la suivante : comment les acteurs judiciaires—juges et procureurs, ceux-là mêmes qui déterminent le droit au cœur des organisations juridiques centrales que sont les tribunaux (Luhmann, 1993)—se réfèrent-ils à la sémantique des droits de la personne et, ce faisant, à quelles mises en forme de cette sémantique participent-ils? Le contact avec l’empirie devra nous permettre de «mieux comprendre le travail de réflexion réalisé par le système juridique lui-même» en ce qui concerne la réception des droits de la personne dans le système de droit criminel (Luhmann, 1989a : 55).

Ce chapitre est divisé en trois sections. Dans la section 4.1, nous aborderons les auto-descriptions des droits de la personne qui ont été actualisées dans le discours des acteurs judiciaires et qui les représentent comme «‘floating signifier’» (Lévi-Strauss, cité dans Neves, 2007 : 412) ou comme «médium». Dans la section 4.2, nous allons nous intéresser à la diversité des mises en forme qui sont apparues dans notre empirie en référence au médium «droits de la personne». Cette section a été organisée en sous-sections, chacune permettant d’isoler une forme particulière. Finalement, dans la section 4.3 nous voulons décrire l’interpénétration des droits de la personne avec d’autres éléments du système en fonction de la *localisation* de cette rencontre. Nous avons voulu observer et indiquer ici les zones que les acteurs judiciaires tendent à privilégier—indépendamment de leur importance névralgique ou périphérique à l’égard du changement—quand leur attention est dirigée vers les droits de la personne. Nous allons pouvoir analyser et distinguer ainsi la représentation que se font les acteurs de l’impact des droits de la personne sur le plan des normes de comportement, des normes de procédure (au sens large) et des normes de sanction. L’hypothèse empirique découlant de l’analyse des données et présentée dans cette troisième section est la suivante : la sémantique des droits de la personne n’est pas uniformément distribuée dans les circuits de communication du système de droit criminel. Il y a des régions centrales où la sémantique est plus concentrée et c’est dans ces régions que les droits de la personne absorbent plus de ressources institutionnelles et cognitives.

4.1 La représentation du médium «droits de la personne» dans le discours judiciaire

Dans cette première section, en prenant comme point d’ancrage empirique le discours des juges et des procureurs, nous nous sommes intéressée aux diverses représentations (constructions de sens) du médium «droits de la personne» telles qu’elles se déploient dans le cadre de la communication juridique du système de droit criminel moderne. Les droits de la personne sont ici traités *en tant que médium* de la société et, donc, en tant que référent extra-systémique localisé dans l’environnement du système.

Une première manière de se représenter le médium des droits de la personne, de discourir sur ce qu’ils sont ou sur ce qu’ils représentent, fait intervenir la notion de culture; les droits

de la personne refléteraient les valeurs d'une culture. Culturels et éventuellement judiciairisés dans une Charte, les droits de la personne deviennent des mécanismes de socialisation. Intériorisés, ils orientent nos conduites sans que nous ayons à réfléchir sur leurs fondements. Ils prennent quasiment la forme d'une «seconde nature» :

[JUGE #5] Pour moi il y a ce que j'appelle les valeurs sous-tendant la Charte, c'est plus large que ça, c'est culturel. C'est pour ça que quand tu es sensible à ces valeurs-là, que tu les acceptes et que tu y souscris, tu ne réfléchis pas avant de les appliquer, ça devient une certaine seconde nature, ou ça devient quasiment de l'ordre du réflexe. [...] C'est comme aller à vélo, tu n'as pas besoin de te concentrer.

Les droits de la personne relèvent davantage de l'intuitif, du non réfléchi, que du consciemment rationalisé. La question de savoir ce que sont les droits de la personne reste ouverte. La dimension intuitive des valeurs associées à ces droits fait en sorte que nous avons l'impression de savoir de quoi on parle, mais sans jamais devoir ou même pouvoir dire, expliquer ou spécifier ce dont on parle. Le médium est mobilisé, mais sans spécification de contenu. Il est là, comme une réalité incontestable, comme un horizon large dans lequel peuvent venir s'inscrire différentes pratiques, incluant les pratiques judiciaires. Dans le propos tenu par le juge, les droits de la personne deviennent une seconde nature qui agit sur le plan de la pratique. On les applique comme on va à vélo : c'est intégré dans la cognition, intégré dans l'action. Plusieurs juges partagent cette représentation des droits de la personne comme un médium à la fois socialement généralisé et individuellement intériorisé dans chacun de nous.

[JUGE #18] Écoutez, les droits de la personne, c'est une expression large. Ça peut vouloir dire, le racisme, je ne sais pas quoi, le fait que des handicapés ont de la difficulté à entrer dans certains édifices, comme ça peut être les droits des individus par rapport à l'État, par rapport à la police, etc. Avec le temps, au fil des années, les principes de la Charte, on en tenait compte mais presque inconsciemment, presque de façon subconsciente. On en est imprégné de ça. C'est un peu comme le doute raisonnable ou le fardeau de la preuve hors de tout doute raisonnable, la présomption d'innocence. Quand je commençais un procès, je ne me disais pas «ah, ah! Il y a la présomption d'innocence»...je n'en ai pas besoin. Ça faisait partie de ma personnalité juridique, si on peut dire.

Sur le plan de l'intériorisation des droits de la personne, ce que l'idée de réflexe ou d'automatisme fait émerger ici comme problème concerne la réflexivité de l'acteur : tenus pour acquis, les droits de la personne perdent-ils leur vocation subversive, permettent-ils encore une réflexivité organisée sur les manières de penser et les pratiques? Dans ce que nous venons de voir, il semble en effet que les droits de la personne ne fassent pas l'objet d'une prise en compte consciente et volontaire. De la même manière qu'avec le temps et l'expérience, rouler à vélo ne suscite pas la même vigilance que ce qu'ont pu exiger les premières balades, les droits de la personne semblent ici faire partie de ces automatismes qui nous permettent de *faire* sans préalablement devoir réfléchir à comment nous allons faire ce que nous allons faire—ni à comment nous pourrions faire autrement ce que nous avons toujours fait d'une certaine manière. En d'autres termes, quelle est la portée du médium quand les droits de la personne deviennent, dans les termes d'un procureur : « mon *business as usual* » (procureur # 17)?

Du point de vue de la généralisation des droits de la personne, on reconnaît, dans le dernier extrait, le caractère « large » des droits de la personne. On semble aussi associer avec cette généralisation le fait que ces droits aient une grande flexibilité dans leur application aux différents domaines ou situations de la vie sociale, incluant, dans cette communication, les situations que définit le processus judiciaire.

La généralisation des droits de la personne, c'est pour certains la généralisation de la dignité humaine comme philosophie ou principe fondamental de la société. Les droits de la personne nous rappellent, en société, que la dignité humaine doit être protégée et valorisée dans toutes les sphères d'activité sociale, incluant, nous dira-t-on ici, celle du droit criminel. Qu'entend-t-on par dignité humaine? Les propos redeviennent vagues : « it's good common sense ».

[JUGE #26] C'est une réflexion philosophique sur la société. [...] La raison d'être des droits de la personne c'est le respect et la dignité d'un être humain dans notre société. Et puis, dans n'importe quel champ d'activité, que ce soit en matière criminelle, que ce soit dans le domaine du travail, que ce soit dans le domaine de l'environnement...it's *good common sense*.

« Good common sense » tant et aussi longtemps que nous n'avons pas à définir les droits de la personne, mais dès qu'il s'agira de spécifier davantage ce qu'on veut dire, l'ambiguïté devient évidente et les généralisations refont surface.

[JUGE # 2] In all your questions... [hésitation] I guess... You ask about human rights. I think you have to define what you mean by human rights. I mean, it's not everything, but it's basically the fundamental values and freedoms that an individual in a progressive democracy should be entitled to.

Dans cet extrait, notre juge a senti l'ambiguïté—volontaire¹⁴⁰—de la question et a exprimé le désir qu'on la lui précise davantage avant de pouvoir y répondre. Sans autre précision, la réponse se formule effectivement dans les termes du sens commun et mobilise des généralités.

D'autres juges ont explicitement relevé cette difficulté de définir de façon rigoureuse le concept de «droits de la personne». Le juge 20 se posait lui-même la question, réflexivement, «Qu'est-ce qu'on met dans ce concept de droits de la personne? ». Tout se présente alors comme si le médium «droits de la personne» donnait l'impression ou créait l'expectative que nous sachions *sur quoi nous communiquons sans que nous sachions précisément et exactement à propos de quoi nous communiquons*. À mesure que les entrevues avançaient, certes, la réflexion a pris corps et les contenus ont commencé à émerger, mais il n'en reste pas moins que, sur le coup, sans recul, après avoir admis une compréhension intuitive presque naturelle des droits de la personne et leur omniprésence dans toutes les sphères de la vie sociale, les communications de nos interlocuteurs sur ce concept sont devenues hésitantes, fuyantes, ambiguës et souvent «standardisées» ou consensuelles.

Ce constat est sans aucun doute relié à ce que nous avons décrit dans le chapitre théorique¹⁴¹ comme la fluidité, l'indétermination et le caractère ouvert du concept de droits

¹⁴⁰ Il va sans dire ici que, notre but étant celui de décrire les sens et les formes que peuvent prendre les droits de la personne dans le système de droit criminel, notre stratégie consistait à ne pas fournir une définition préétablie de ce concept car cela aurait compromis inévitablement la démarche qui se voulait ici inductive.

¹⁴¹ Nous renvoyons le lecteur à la sous-section 2.1.2 du chapitre II.

de la personne. Cette ouverture et cette fluidité doivent en fait être conçues comme des caractéristiques constitutives du concept et non comme un problème de «fabrication», au moins dans un contexte où il est utilisé comme *médium*.

En effet, dans les communications analysées, les droits de la personne sont mobilisés comme un *thème* qui serait en soi transversal et susceptible ainsi d'être exploité par divers systèmes et circuits de communication (le système politique, le droit, etc.). Ici les droits de la personne sont explicitement conçus comme relevant d'un horizon externe au système de droit criminel. Ils traversent la société bien au-delà des frontières communicationnelles du système de droit criminel, ce qui vient renforcer notre choix théorique de les conceptualiser comme un médium¹⁴² *de la société*, libre de toute attache systémique, possiblement universalisé et universalisable. Quand le concept de «droits de la personne» est employé en tant que médium, il garde la communication à un niveau suffisamment abstrait pour que le thème puisse fonctionner comme référence commune—l'accent est mis sur un rôle-horizon (en tant que référence imprécise et abstraite), plutôt que sur un rôle-frontière (avec des contours délimités).

Transversal, le concept des droits de la personne permet autour de lui la connectivité des systèmes sociaux qui pourront, à leur manière, en s'y référant, communiquer sur un même thème. Le concept offre une prise, un point d'attache permettant à divers systèmes de se connecter entre eux par le biais de la communication, et ce, sans qu'aucun système ne soit contraint d'abandonner son autorité épistémique ou de soumettre ses propres mises en forme

¹⁴² Au cours de notre recherche, nous avons été amenée à considérer la possibilité théorique de concevoir les droits de la personne comme un «médium généralisé de communication». Drepper nous offre une définition du concept et décrit en même temps les prestations qu'offrent les *médiums généralisés de communication* aux systèmes de fonction : «Modern function-systems work on their problems autonomously. Therefore, modern society was obliged to invent structures that constitute strong interdependencies within a sub-system, namely the *symbolic generalized media of communication*. These media (money, power, law, truth, etc.) bridge the difference of *acceptance* and *refusal* (Luhmann 1976b, 1990j) and, in doing so, foster communication within the subsystems». (Drepper, 2005: 184). Nos observations empiriques et théoriques ont été insuffisantes pour que nous puissions prendre position de façon arrêtée et définitive sur la possibilité d'observer ainsi le concept de droits de la personne. Cette possibilité reste cependant pour nous une piste théorique intéressante à explorer à un autre moment.

aux critères d'évaluation d'un autre système. Dans ce contexte, l'objet «droits de la personne» se révèle dans sa dimension «polycontextuelle».

Si en tant que médium, le concept de «droits de la personne» ne permet pas d'anticiper la direction que prendra la communication, la chose est différente lorsqu'il est actualisé dans une de ses formes possibles. Il faut remarquer que le problème de l'indétermination ne se situe pas sur le plan de l'individu, mais bien sur le plan de la sémantique des droits de la personne elle-même : le médium, comme tout médium, est toujours incertain et indéterminé en ce qui concerne son contenu. C'est à celui (individu ou système) qui s'y réfère que revient la tâche de sélectionner une forme, de déterminer un contenu, de condenser du sens. Et alors, sur la mise en forme, nous pourrions sans doute débattre. Mais sans condensation de sens au niveau du médium, on ne peut que produire et reproduire des généralités à ce point générales qu'elles ne suscitent aucun différend. Sans condensation de sens, sans mise en forme, sans investissement à propos de ce qu'on veut dire quand on dit que les droits de la personne définissent des valeurs fondamentales pour la société, on rejoint le sens commun. À moins de relancer la communication en exigeant de plus amples précisions, la communication prend fin et les mises en forme restent inaccessibles. Rien ne peut alors faire valoir la dimension critique, cognitive et potentiellement subversive des droits de la personne, car elle ne se réalise pas au niveau du médium, mais bien dans le processus de mise en forme. Ce qui nous permettra de faire le lien avec la section suivante (4.2) où nous allons nous intéresser aux diverses formes qui ont été actualisées dans notre matériel empirique en référence au médium « droits de la personne ».

4.2 Les formes ou matrices de sens des droits de la personne dans le système de droit criminel

Le but de cette section est de décrire les condensations de sens que l'on retrouve au coeur des formes qui ont été actualisées dans le discours des acteurs judiciaires alors qu'ils se réfèrent au médium des droits de la personne. Ces mises en formes que nous allons saisir du point de vue de l'empirie sont théoriquement conçues comme faisant partie des auto-descriptions du système de droit criminel dans la conception de son rapport aux droits de la

personne. En ce sens, ces représentations des droits de la personne sont des représentations *du système pour le système* : elles sont construites par le système, elles orientent pour lui ses opérations et guident ses modes de reproduction identitaires.

Notre objectif ici est celui de «scanner» les *espaces de variation interne* en ce qui a trait à l'actualisation des droits de la personne, qu'il s'agisse de les définir en leur donnant un contenu quelconque ou qu'il s'agisse de les distinguer d'autres éléments ou d'autres sémantiques présentes dans le système. Nous sommes intéressée, entre autres, aux «routines cognitives» qui émergent dans la communication sur les droits de la personne de même qu'aux *dissonances cognitives* qui sont apparues, c'est-à-dire les représentations plus surprenantes ou moins stabilisées qui ont été mises de l'avant. Nous utilisons le concept de «routine cognitive» pour désigner les chemins et les espaces cognitifs (ou les idées) à l'intérieur desquels se situent spontanément et récursivement les acteurs lorsqu'on leur demande de se référer ou de réfléchir sur le thème des droits de la personne. Le concept de «routine cognitive» s'est progressivement formé en relation avec notre empirie, plus particulièrement dans les moments où nous observions certaines récurrences dans la manière de se référer aux droits de la personne. Ces façons récurrentes ou ces chemins empruntés à répétition ont fait apparaître des tendances communicationnelles qui paraissaient, une fois actualisées, limiter «l'espace de variation»¹⁴³ de la sémantique des droits de la personne. Dans le cadre de cette recherche, le concept de «routine cognitive» fait alors référence aux tendances communicationnelles qui activent, façonnent et disciplinent certains types d'observations au moyen desquels la reproduction de la communication des droits de la personne se réalise, tout en neutralisant du même coup, d'autres possibilités de communiquer sur le thème.

En ce qui a trait aux *dissonances cognitives*, elles font référence aux actualisations de sens qui se sont avérées moins présentes dans le discours et qui nous sont parfois apparues comme étant potentiellement plus innovatrices. Dans notre analyse, le concept de *dissonance*

¹⁴³ Barbesino et Salvaggio apportent une précision importante à ce sujet : «les autodescription de la société ne se produisent pas de manière aléatoire. Il y a chaque fois des conditions structurelles qui règlent la plausibilité des représentations; et l'évolution des sémantiques (comme dans le cas des *épistémès* foucauldien) connaît des tendances historiques qui limitent l'espace de variation» (1996 :45).

cognitive est toutefois moins exigeant que celui d'innovation¹⁴⁴. Nous l'avons utilisé plus humblement, avec nulle autre prétention que d'identifier les matrices de sens moins actualisées, moins répétées, plus inattendues. La notion doit être ainsi comprise dans un rapport de contraste avec celle de «routine cognitive». Contrairement aux «routines cognitives», les *dissonances cognitives* sont composées des idées (moins cristallisées) susceptibles d'augmenter les «espaces de variation» de la sémantique des droits de la personne dans le circuit de communication du système de droit criminel.

Les «routines cognitives» et les *dissonances cognitives* s'appliquent à différents niveaux de l'observation. Nous avons pu constater que certaines définitions des droits de la personne sont davantage attribuables à des «routines cognitives» tandis que d'autres définitions nous ont semblé plutôt correspondre à des *dissonances*.

4.2.1 Les droits de la personne comme formule de *protection*

Nous avons vu dans les chapitres I et II que le système de droit criminel a traditionnellement adhéré à une représentation des droits de la personne où on les conçoit comme une institution destinée à protéger les individus contre le pouvoir arbitraire et illégitime du Prince. Par exemple, ils représentent un «système de protection» (Salas, 2005) contre les institutions judiciaires qui, dans l'exercice de leurs pouvoirs, peuvent porter atteinte à la liberté et à la sécurité des justiciables. Selon cette représentation, les droits de la personne auraient ainsi un rôle à jouer dans le fonctionnement du système de droit criminel, en garantissant notamment une zone de liberté individuelle à l'intérieur de laquelle l'État ne peut empiéter. En d'autres mots, en reconnaissant lui-même un certain nombre de droits comme étant des droits fondamentaux inaliénables de la personne, le droit criminel—et par extension l'État moderne en général—accepte de s'«auto-limiter» dans son pouvoir d'intervention auprès du justiciable. Nous en traiterons au point 4.2.1.1.

¹⁴⁴ La notion d'innovation a été traitée en profondeur par Dubé (2008). Cet auteur construit la notion dans le contexte du droit criminel comme une «appréciation qualitatif-théorique qui se définit en rapport de contraste avec la rationalité pénale moderne» (Dubé, 2008 : 63).

Cette représentation classique est présente tant dans le discours des juges que dans celui des procureurs, mais elle va parfois se laisser accompagner d'autres représentations des droits de la personne comme formule de protection. Dans ces autres représentations, les droits de la personne sont associés à la position des personnes victimes d'actes criminels. Comme nous avons pu le voir dans la problématique, les victimes ont vu leur rôle institutionnel se transformer en raison de l'attribution de toute une série de pouvoirs et de droits qu'elles ne détenaient pas, auparavant, dans l'architecture classique du droit criminel de la première modernité¹⁴⁵. Notre empirie nous a permis de relever certains types de communication indiquant effectivement des modulations de rôle qui peuvent parfois s'avérer inquiétantes, notamment lorsque la reconnaissance des droits des victimes, pour ce qui est de la protection, implique, voire exige la suspension des droits du justiciable et l'affaiblissement de ses protections. Nous en traiterons au point 4.2.1.2.

Nous avons aussi relevé des communications où on se réfère à la sémantique des droits de la personne en tant que formule de protection des intérêts de certains mouvements sociaux. Nous verrons, au point 4.2.1.3, le point de vue les acteurs judiciaires par rapport à ce que nous avons décrit dans la problématique relativement à l'intégration des mouvements sociaux (comme critère décisionnel?) dans l'enceinte du droit criminel moderne.

Nous avons finalement relevé une mise en forme des droits de la personne laquelle permet au système de droit criminel de s'auto-décrire comme le principal garant, comme le principal protecteur des valeurs fondamentales de la société. Nous en traiterons au point 4.2.1.4.

4.2.1.1 Les droits de la personne comme formule de *protection du justiciable*

Une des façons les plus classiques de décrire les droits de la personne à l'intérieur du système de droit criminel est de les concevoir comme une protection des individus contre les

¹⁴⁵ Nous verrons au long de ce chapitre que la place toujours grandissante de la victime à l'intérieur du système de droit criminel n'est pas observée par tous les acteurs judiciaires de la même façon. Un ensemble de positions distinctes semble avoir cours en ce moment de réévaluation du rôle de la victime à l'intérieur du système.

abus de pouvoir du Prince (Maher, 1986 : 197). Cette formule est présente même dans le garantisme procédural pré-moderne (comme le démontre la vieille institution de *l'habeas corpus*). Certes, le XVIII^e siècle a amené avec lui «un nouveau plan de défense des libertés» (Lascoumes et al. 1989 : 48) en instituant des principes nouveaux comme celui de la légalité des délits et des peines.

Pour caractériser cette formule dans l'ordre du système de droit criminel, nous parlerons ainsi de droits de la personne «garantistes», favorisant la protection des individus—tant sur le plan des normes de procédure que sur le plan des normes de sanction—face à la violence monopolisée par l'État et à son droit de punir. Dans leur acception «garantiste», on reconnaîtra alors dans le déploiement de la sémantique des droits de la personne leur vocation «protectrice de la "sûreté" du citoyen face à la justice du Souverain» (Cartuyvels, 2005 : 392). Ici, comme le souligne Cartuyvels, dans le système de droit criminel et en signe de protestation contre «la "démésure" de la justice de l'Ancien Régime», «les droits de l'homme sont pour l'essentiel ceux du citoyen mis en accusation» (Cartuyvels, 2005 : 394).

La représentation des droits de la personne comme formule de protection du justiciable ressort comme une «routine cognitive» dans notre matériel empirique. Nos interviewées ont souvent actualisé l'idée selon laquelle les garanties juridiques accomplissent formellement la fonction de limiter et de réglementer le pouvoir public dans l'exercice du droit de punir. Elles sont censées protéger les libertés individuelles et les droits fondamentaux de chacun contre des ingérences intrusives ou abusives de l'État. Comment cette protection est-elle envisagée? À quoi est-elle rattachée dans les communications du système? C'est ce que nous allons explorer à travers notre empirie.

Il n'est sans doute pas étonnant de voir dans le discours d'acteurs judiciaires canadiens une association très forte entre les droits de la personne et la Charte canadienne des droits et libertés. C'est souvent à travers elle que les juges et procureurs canadiens font sens du médium droits de la personne et c'est également à travers elle qu'ils conçoivent ce qu'implique la protection du justiciable contre les pouvoirs arbitraires et abusifs du souverain ou de l'État.

La Charte, nous dira le prochain juge, est au service de l'individu qui peut l'utiliser pour se défendre et assurer sa protection :

[JUGE #8] Alors on tient beaucoup plus compte des droits de la personne. Et si on ne le fait pas, alors l'individu va prendre une requête en vertu de la Charte et va nous demander d'invalider tel article du Code criminel ou tel paragraphe ou peu importe s'il se sent brimé dans ses droits. Alors dans ce sens-là, l'individu a, comment dirais-je, la Charte pour lui est un véhicule très important pour la protection de ses droits, et dans ce sens-là, ça a une influence directe sur le Code criminel.

Remarquons ici qu'on insiste surtout sur l'idée de la Charte comme un outil de revendication mis à la disposition des individus et beaucoup moins sur l'idée de la Charte comme un outil de travail accompagnant le législateur dans la création de ses lois. Si les lois fabriquées par le législateur empiètent sur les droits de la personne des individus, la Charte permettra aux individus d'assumer *eux-mêmes* leur propre protection.

Dans la formule de la protection du justiciable, les acteurs ont spontanément associé les droits de la personne—toujours à travers la Charte—à certains aspects de la procédure, notamment, ici, à ce qui a trait à la prise de décisions et à la détermination des conditions de libération provisoire du prévenu.

[PROCUREUR #7] Évidemment, l'autre conséquence, c'est au niveau des remises en liberté, par exemple, le cautionnement juste et équitable...la Charte nous imprègne et à partir de ce moment-là, je crois que la constitutionnalisation des droits de la personne fait en sorte que ça influence ma décision à savoir si cette personne-là a droit à un cautionnement ou pas, et si la réponse c'est oui, je m'arrange pour que ses conditions de remise en liberté respectent aussi ses droits, c'est-à-dire que si je lui dis «Bien, écoutez, madame, vous allez avoir l'interdiction d'aller dans la ville d'Ottawa parce que vous avez commis votre crime là-bas» et que vous me dites: «Ben, je travaille à Ottawa». «Je vois. Très bien. Vous restez à Gatineau...ça va : vous avez l'interdiction d'aller à Ottawa sauf pour fins de travail légitime. Vous avez le droit de travailler».

Dans cette décision à propos de la libération provisoire, les droits reconnus à la personne inculpée établissent les repères décisionnels permettant aux acteurs judiciaires d'éviter que la décision soit exagérément contraignante au point de devenir abusive lorsque qu'elle prive inutilement une personne de son accès au travail, de son revenu et des liens sociaux qu'elle

entretient dans son milieu professionnel. Le droit à la liberté est restreint, mais il n'est ni suspendu catégoriquement¹⁴⁶ ni inutilement restreint par des conditions abusives qui pourraient s'inscrire en contradiction avec les droits de la personne.

La reconnaissance des droits de la personne comme formule de protection du justiciable implique que l'on admette que l'individu qui entre en contact avec l'institution pénale est d'office placé dans un rôle qui le vulnérabilise face au pouvoir répressif de l'État : le rapport de forces entre l'individu et l'État est évidemment inégal et les acteurs en sont conscients. Dans nos entretiens, ils ont reconnu ce déséquilibre comme une préoccupation qui soulève toute la question des droits de la personne comme structure permettant de réintroduire un certain équilibre là où *a priori* il n'y en a pas. Considérons sur ce point les propos des juges 26 et 8.

[JUGE #26] Protection de la défense, protection également de l'individu par rapport à l'État. C'est important parce que quand l'appareil étatique se met sur le dos d'une personne, c'est un monstre, un méchant monstre. [...] C'est important d'avoir le contrepoids parce que l'appareil d'État est monstrueux. Il a les ressources, il a l'argent, la capacité, le personnel, alors que toi, tu es tout seul et tu as besoin de ça [protection offerte par les droits de la personne] pour te défendre.

[JUGE #8] Les Chartes protègent les droits individuels contre le gouvernement : le Big Brother. Et je pense que c'est très bien ainsi. C'est que le tribunal, à ce moment-là, devient le dernier recours de la personne qui se sent bafouée par l'État qui lui est omnipotent, a finalement tous les moyens. Alors c'est bien d'avoir une Charte des droits et libertés.

Dans ces communications, le juge est représenté comme celui qui doit, par l'entremise des droits de la personne et de la Charte, surveiller le déroulement des procédures dans un conflit inégal dès le départ, opposant un pouvoir surdimensionné, celui de l'État, à un individu dont les pouvoirs, par comparaison, paraissent plutôt limités. Le tribunal est vu ici comme devant s'assurer que les règles du jeu soient respectées, que les droits de la personne

¹⁴⁶ La décision qui préconiserait la suspension catégorique du droit de liberté et qui nous mènerait à la détention préventive n'est pas, rappelons-le, une décision sur la peine. À cette étape, l'inculpé bénéficie encore de la présomption d'innocence. L'évaluation de la liberté provisoire ou de la détention préventive, comme option, relève plutôt des normes de procédure.

puissent privilégier le justiciable et réduire ainsi le déséquilibre qui se crée en considérant les moyens de la poursuite et ceux de la défense.

Dans le prochain extrait, toujours au niveau procédural, le juge 2 relie les droits de la personne à l'interdiction de la torture et actualise ainsi cette fonction qu'on leur attribue régulièrement, depuis le début de la modernité, et qui est de faire en sorte que les fins (obtenir l'aveu coupable) ne puissent pas justifier tous les moyens (l'usage de la force et de l'intimidation lors d'un l'interrogatoire?). Sous le regard vigilant des droits de la personne, certaines stratégies d'enquête sont peut-être efficaces, mais leur efficacité ne les rend pas admissibles ni sur le plan humain ni sur le plan légal¹⁴⁷.

[JUGE #2] It's wrong for the state to torture to get the evidence. It's wrong for the state to deprive someone of his rights in order to get a conviction. That's a question of human rights because a legal system should have respect of the human dignity and when it uses its power, it should not abuse its power and that's what human rights are all about : to keep the state from not abusing its power.

L'ensemble des extraits empiriques considérés jusqu'ici nous renvoie historiquement à la vocation première des droits de la personne dans le domaine du système de droit criminel : protéger le justiciable contre les abus et l'arbitraire du Souverain en rééquilibrant les rapports de force entre celui-ci et celui-là. Ici, nous avons pu clairement reconnaître dans la sémantique la fonction «bouclier» des droits de la personne.

Même si elle est généralement considérée comme un acquis difficilement questionnable par les acteurs judiciaires, cette mise en forme des droits de la personne en tant que formule de protection du justiciable ne fait pas le bonheur de tous. S'il y avait déséquilibre dans un sens, en voulant rééquilibrer avec l'apport des droits de la personne, on aurait insidieusement

¹⁴⁷ Aujourd'hui, dans un contexte de «lutte contre le terrorisme» et de «menaces sécuritaires» sans cesse réitérées, cette fonction des droits de la personne est constamment menacée. Comme le mentionne Delmas-Marty, «Au moment même où l'on voit apparaître un débat que l'on croyait révolu sur l'usage, voire la légitimation, de la torture, le paradigme de la guerre (contre la terreur ou contre le crime) implique en effet le risque, en renationalisant l'interdit de l'inhumain, de renoncer à construire une communauté humaine de valeurs» (Delmas-Marty, 2007a : 465).

déséquilibré dans l'autre sens : en faveur de l'accusé et au détriment de la société. C'est du moins un point de vue rendu par le juge 3:

[JUGE #3] Donc, finalement, les droits de la personne ça fait en sorte de protéger le système de justice et les accusés. Définitivement que ça favorise les accusés au détriment peut-être de la population en général. Ça assure des règles d'équité minimales à ces gens-là, aux accusés.

Cette manière de concevoir l'opposition entre «la population en général» et «ces gens-là» n'est pas sans nous rappeler les hostilités de la rationalité pénale dans sa propre manière de concevoir le délinquant comme l'ennemi de la société. Les protections qu'accordent les droits de la personne au justiciable—et dans le propos du juge 3, le fait qu'il ait ou non été reconnu coupable ne semble pas justifier qu'il faille nuancer le point de vue—sont ainsi conçues comme étant accordées au détriment de la société. C'est dire aussi que l'accusé, potentiel infracteur, n'est plus vu comme membre à part entière de la société. Le soupçon qui pèse sur lui fait passer ses intérêts en second plan par rapport à ceux de la collectivité¹⁴⁸.

Le problème n'est pas tant celui des droits de la personne, nous explique le procureur # 17, le problème, c'est lorsque le bénéficiaire de leur protection ne les mérite pas.

[PROCUREUR #17] Les droits de la personne sont en soi fort importants, ces droits sont en soi essentiels—moi, je suis content que ce soit enchâssé—[...] mais je suis déçu de voir, comme membre de la société, que la personne qui en bénéficie, c'est quelqu'un qui n'aurait peut-être pas toujours dû en bénéficier. Ça, je trouve ça difficile. Et ça c'est comme citoyen, ce n'est même pas comme procureur de la Couronne. Mais ça, je pense que c'est la même chose pour à peu près n'importe qui.

Suivant le sens qui nous est donné par ce raisonnement, les droits de la personne devraient plutôt représenter les droits de *certaines* personnes, les personnes méritantes, les

¹⁴⁸ Ce type de description s'explique pour certains en raison de la «tension fondamentale» entre deux façons de concevoir le système de justice criminelle : une mettrait l'accent sur le «due process» et l'autre mettrait l'accent sur le «crime control». Cette image de deux formes de procès, créée d'abord par Herbert Packer, a depuis subi des critiques et des transformations. Certains ont mis de l'avant que les deux modèles ont toujours coexisté et que le *due process* était pour le *crime control*. Voir à ce sujet Packer (1968) et Roach (1999).

honnêtes gens; nos droits à nous plutôt que leurs droits à eux. On ne considère pas ici le justiciable comme faisant partie des bénéficiaires les plus méritants. Or, dans le cadre de cette logique guerrière où la question de la recomposition du lien social tend forcément à devenir secondaire devant l'urgence de l'auto-protection, il est difficile d'accepter que des *concessions*¹⁴⁹ soient faites en faveur de l'ennemi dès lors que celles-ci impliquent qu'on ne pourra pas déployer sans retenue le droit de punir. Et la situation voulant que les protections offertes par les droits de la personne leur soient malgré tout applicables paraît plutôt décevante, regrettable. Dans cette perspective, tout se présente comme si la généralisation des droits de la personne devait être révisée sur la base du mérite.

Cette représentation des droits de la personne est bien sûr incompatible avec la protection juridique que les systèmes juridiques occidentaux accordent aux justiciables. Ce qui explique peut-être pourquoi l'acteur ait pu sentir le besoin de préciser que sa déception à l'égard des droits de la personne, il la vit en tant que citoyen, et non dans le cadre de son rôle institutionnel. La définition de son rôle l'oblige théoriquement à mettre son opinion personnelle de côté pour appliquer les règles du système, mais bien évidemment, même dans les rôles les plus strictement définis, l'individu conserve toujours un espace de liberté minimal lui permettant de faire jouer ce qu'il est et ce qu'il pense dans l'accomplissement de ses tâches.

Dans la communication reprise par le juge 20, que les accusés puissent bénéficier des protections garanties par les droits de la personne, ce n'est peut-être pas une déception, mais c'est certainement une concession de la société en faveur du présumé délinquant :

[JUGE #20] Je suis d'accord avec les garanties juridiques, c'est dans la Charte. C'est la concession que fait la société en faveur de l'accusé.

Le terme « concession » nous paraît ici significatif en ce qu'il est porteur de sens et de significations permettant, à travers lui, de supposer l'effet d'une représentation particulière qui agit en arrière-plan de la pensée. Le terme semble en effet nous orienter vers une

¹⁴⁹ Nous reviendrons dans un moment sur la notion de concession avec les propos du juge 20.

représentation négative des droits de la personne comme formule de protection du justiciable. On doit respecter la fonction, «c'est dans la Charte», mais le fait-on volontiers parce qu'elles nous paraissent importantes et fondées, ou le fait-on plutôt à regret, justement parce que «c'est dans la Charte» et parce que la volonté de la société s'est ainsi manifestée dans les choix constitutionnels du législateur?

Dans cet autoportrait, les acteurs judiciaires ne semblent pas accorder une valeur à la sémantique des droits de la personne *en soi*, en tant que formule de protection du justiciable. On concède, on se résigne, on se fait à l'idée—parce que de toute façon, il le faut bien—que les droits de la personne puissent être à ce point inclusifs et considérer le justiciable comme une personne digne de ces droits et de cette protection.

Ces représentations ont laissé des traces dans notre matériel empirique, mais il serait abusif de notre part de prétendre qu'elles puissent correspondre à une routine cognitive. Elles existent, mais elles se situent dans les marges du discours plutôt qu'au coeur. Elles permettent néanmoins d'observer comment le système, lorsqu'il n'est pas «stimulé» par les mises en forme *garantistes* des droits de la personne, reconnaît néanmoins—du moins théoriquement—qu'il se doit de protéger les droits de l'accusé à chaque étape de la procédure.

Si les droits de la personne *accusée* sont à ce point fragiles, s'ils sont au mieux des concessions, au pire des déceptions, qu'en sera-t-il des droits de la personne coupable? Si on a pu valoriser les droits de l'accusé tout au long des procédures, de la mise en liberté provisoire jusqu'au verdict en passant par le procès, ces protections formelles seront-elles en mesure de créer des effets de modération à l'étape ultime de la détermination de la peine? Pour l'instant, nous nous contenterons de poser la question. Mais nous y reviendrons plus loin avec le support de l'empirie.

En attendant, il nous paraît à propos de rappeler ce que Baratta avait projeté comme condition de dépassement de la formule traditionnelle *garantiste*. Il faut penser le garantisme, apprendre à le concevoir «non seulement comme une limite du système punitif ou comme

une expression des droits de protection des citoyens contre l'État (*garantisme négatif*), mais aussi et surtout comme un *garantisme positif* » permettant un système plus complexe de protection pleine des droits de la personne (Baratta, 1999 : 253-254). Dans un modèle de garantisme positif, les droits de la personne pourraient alors se concevoir non pas comme des concessions faites à regret ou comme des obligations formelles, mais comme des opportunités de réflexion et d'apprentissage que nous pourrions en tout temps saisir sous l'éclairage de nos valeurs les plus fondamentales. Dans ce garantisme positif, les valeurs sont mises au service des valeurs elles-mêmes avant d'être associées aux individus : ainsi, la question n'est plus de savoir si tel ou tel individu «mérite» le châtement afflictif, mais bien celle de savoir si la distribution volontaire et délibérée d'une souffrance est *en soi* une valeur qui peut s'accorder avec nos valeurs fondamentales; et si non, la question devient : comment instituer un mode de résolution de conflits en matière de droit criminel qui puisse s'accorder avec nos valeurs fondamentales? Cette possibilité reste dans l'angle mort des possibilités tant et aussi longtemps que les dimensions *garantistes* protégées par les droits de la personne sont négativement consenties plutôt que valorisées en elles-mêmes et pour elles-mêmes.

4.2.1.2 Les droits de la personne comme formule de *protection de la victime*

Les résultats de recherche que nous obtenons dans cette section vont indiquer que la sémantique des droits de la personne est souvent déployée comme formule de protection de la victime. La protection, dans ce contexte, se déplace des bénéficiaires principaux traditionnels, les accusés, vers les personnes qui ont subi les torts de leurs actions, les victimes.

Dans le chapitre I, nous avons fait mention de la place grandissante que prend la victime à l'intérieur du procès pénal et nous avons également fait état de l'évolution de son rôle dans le système de droit criminel (au Canada). Nous avons alors indiqué que les observateurs avaient tendance à considérer que, malgré un impact fort des demandes «victimaires» au niveau du système politique, les acteurs judiciaires semblaient tout de même résister (encore) au nouveau statut de la victime dans le processus de décision. Vanhamme et Beyens, en référence à ce champ de recherches, ont fait remarquer que «le juge typifie la victime qui est et reste un élément extérieur au procès, quel que soit le système juridique» (Vanhamme et

Beyens, 2007 : 211). Nous n'arrivons pas au même résultat dans la présente recherche, du moins pas de façon aussi univoque. Si par moments les acteurs judiciaires semblent préoccupés par les pressions qu'exercent les victimes lorsqu'elles revendiquent le droit à un espace bien à elles et plus largement défini, même au niveau procédural et décisionnel, de manière générale, les communications que nous avons pu saisir dans notre empirie semblent à ce sujet indiquer l'émergence d'un nouvel ordre du discours.

Les communications du système nous ont en effet permis d'observer que la position de résistance qu'avaient traditionnellement maintenue les acteurs du judiciaire par rapport à l'idée d'élargir la participation de la victime dans le système serait en train de céder le pas à une position beaucoup plus ouverte, voire favorable à l'idée qu'il faille désormais tenir compte des droits des victimes et mieux les défendre. Ce que nous avons par ailleurs constaté ici, c'est que chez les acteurs judiciaires que nous avons interviewés, le débat autour des droits des victimes se fait souvent dans le même schème d'observation que celui mobilisé par le système politique ou par les recherches universitaires, c'est-à-dire en opposant les droits des victimes à ceux de l'accusé dans un rapport «hydraulique» où le renforcement des uns semble se faire par l'affaiblissement des autres. Le procureur 25 nous donne un aperçu de la mise en forme de cette question dans la communication du système :

PROCTEUR #25] Il y a des droits conflictuels, oui. Le droit de la victime, par exemple, le droit d'un témoin versus le droit de l'accusé. Parce que quelqu'un qui vole un autre pour un million, et puis qui se fait imposer une sentence avec sursis, pour l'accusé c'est sûr que ses droits de la personne sont plus « respectés ». Mais la victime dans ça, son droit à ses biens, son droit de vivre paisiblement, son droit justement à sa vie privée et tout ça, il le protège comment? Comme ça, en donnant une sentence plus « communautaire »?

Le procureur 25 postule d'entrée de jeu le rapport conflictuel entre les droits de la victime et les droits de l'accusé. On ne semble pas pouvoir même envisager la possibilité qu'ils puissent se concevoir sur un même pied d'égalité. Cette manière d'envisager le conflit n'est pas nouvelle en droit criminel. Carrara disait au XIXe siècle que «la pitié pour l'offensé étouffe la pitié pour l'offenseur» (1876 : 336), un sentiment sans doute humain, mais dont on aura voulu neutraliser les effets—notamment vindicatifs—dans une justice qui se veut

impartiale dans sa gestion du conflit. Dans cet extrait que nous offre le procureur 25, il faut cependant remarquer que le rapport conflictuel que l'on postule entre le justiciable et la victime nous ramène aussitôt à un enjeu bien spécifique : la peine d'emprisonnement versus les peines moins contraignantes telles que l'emprisonnement avec sursis, une peine pouvant être purgée dans la communauté, etc. On perçoit ici que même si la sanction la moins contraignante—en l'occurrence, pour le procureur 25, la peine avec sursis—peut s'harmoniser avec la protection des droits de l'accusé, on ne saurait la réconcilier avec les droits de la victime. Pourquoi?

Parce que même si on a explicitement conçu les droits des victimes comme étant «son droit à ses biens, son droit de vivre paisiblement, son droit [...] à sa vie privée», on a implicitement laissé sous-entendre qu'ils comprenaient aussi et surtout *le droit de voir son agresseur être assujéti à la peine la plus contraignante possible*, et ce, malgré le fait que la Charte canadienne et le code criminel reconnaissent au justiciable le droit à la peine la moins contraignante possible et la moins restrictive sur le plan de la liberté.

Dans une telle conception, on perd non seulement de vue les droits de la victime dans leur acception plus positive—on ne voit pas en effet en quoi la peine d'emprisonnement ferme puisse, mieux que la peine d'emprisonnement en milieu ouvert, protéger «son droit à ses biens, son droit de vivre paisiblement, son droit [...] à sa vie privée»—mais on semble par ailleurs associer à la peine la plus contraignante le pouvoir de restaurer la dignité humaine de la victime ce qui, de fait, tend à rendre difficile, dans cette forme, la réconciliation entre les droits de la victime et les droits de l'accusé.

Du point de vue de la communication du système, la sentence plus «communautaire» est ici observée comme une atteinte aux droits des victimes. Mais ce n'est pas nécessairement un point de vue que partagerait la victime qui pourrait, quant à elle, considérer le choix de la sentence la plus contraignante, en l'espèce l'enfermement carcéral, comme venant réduire encore les chances que l'accusé puisse, sans travail, trouver le moyen de la dédommager pour les torts subis.

Dans les constructions de sens du système, la sémantique des droits de la personne vient ici nourrir le «punitif model of victims' rights» (Roach,1999 : 29). Se forge ainsi pour les victimes, au niveau *communicationnel*, l'idée d'un *droit à la peine* et qui dépasse largement les droits procéduraux participatifs : le droit d'être informé du déroulement des procédures ou d'y participer plus activement, d'être accompagné par des services d'aide aux victimes, de se voir reconnaître un droit de déclaration sur ce qui a été ressenti face à l'expérience du crime, etc.

Nous aboutissons ici à un constat, ou plutôt à une hypothèse que nous allons continuer d'explorer tout au long de ce chapitre : *au plan de la communication*, les droits de la personne du justiciable sont spontanément reliés aux normes de procédure, mais moins aux normes de sanction; tandis que les droits de la personne de la victime, toujours *au plan de la communication*, sont davantage spontanément associés aux normes de sanction et moins aux normes de procédure. Telles semblent être, pour l'instant, les «routines cognitives» de la communication.

La distinction que nous venons d'établir se reflète dans les propos du juge 26. Dans la conception des droits de la personne qui est mise de l'avant dans cette communication, nous vient en tête l'image d'une course à relais : l'accusé parcourt les premiers mètres de la procédure en portant le témoin des droits de la personne, mais dans les derniers mètres de la détermination de la peine, il le remettra à la victime qui, elle, franchira la ligne d'arrivée en revendiquant un droit de punir victimaire dirigé contre le premier coureur¹⁵⁰.

[JUGE #26] Il ne faut pas oublier non plus qu'il y a un processus pré-sentenciel. Il y a des règles du jeu, il y a un comportement criminel qui est proscrit. L'État doit prouver [la culpabilité] hors de tout doute raisonnable. La défense a vraiment tous les recours en vertu de la Charte. L'accusé a le droit à une défense pleine et entière. Quand tu arrives à un verdict, à un moment donné, c'est que cette personne-là a vraiment commis l'acte, et elle a bénéficié des droits de la personne dans ce processus-là parce qu'elle a les garanties de la Charte, elle a les garanties de ne pas parler, elle a moult garanties. Mais sur le plan de la conséquence sentencielle, peut-être que là les droits des victimes et puis des personnes qui ont été heurtées, meurtries, et blessées ont le droit d'avoir leur mot.

¹⁵⁰ Nous remercions Richard Dubé de nous avoir proposé cette analogie au cours d'une de nos discussions.

Dans ce dernier extrait, la communication sur les droits de la personne vient marquer chronologiquement de façon différenciée deux espaces protégés : celui de l'accusé et celui de la victime. Dans l'espace de l'accusé, des droits subjectifs, inspirés des droits de la personne, assurent sa protection dans le domaine des normes procédurales : le droit au silence, le droit d'être représenté par un avocat, le droit à un procès impartial, à la présomption d'innocence, à une défense pleine et entière, etc. Dans l'espace de la victime, tout se présente comme si on lui reconnaissait, parmi ses droits, non seulement le droit à une peine digne de ses souffrances, mais le droit à une peine qui compensera aussi l'indignation vécue vis-à-vis d'un système qui, depuis le début des procédures, a reconnu à son agresseur un espace de protection spécifique. L'indignation est-elle communiquée par les victimes? Ou est-elle construite par les circuits de communication du système, par ses idées et structures cognitives?

Dans l'extrait présenté ci-dessus, si les garanties juridiques qu'ont inspirées les droits de la personne peuvent accompagner la personne qui bénéficie encore de la présomption d'innocence, au moment du verdict, lorsque la déclaration de culpabilité est prononcée, les droits de la personne peuvent tourner le dos au coupable et répondre aux revendications punitives des victimes.

Ce qui semble se dessiner dans l'horizon donné par ces communications, c'est une espèce d'invisibilité et de manque de consistance des droits de la personne coupable dans le domaine de la détermination de la peine, au profit d'une visibilité accrue des droits de la «personne victime»; ce qui entraîne évidemment les conséquences qu'on connaît sur la sévérité des peines—et avec des conséquences négatives pour le justiciable. En témoigne l'extrait suivant :

[PROCUREUR #24] En tant que procureur de la Couronne, c'est sûr que ça nous aide beaucoup de savoir l'impact du crime sur la victime. Ça affecte les considérations en matière de peine. Bien souvent, ce sont des facteurs aggravants. De temps en temps, ça peut être des facteurs atténuants aussi. C'est essentiel pour nous d'en tenir compte. On compte beaucoup sur elles.

On comprend bien évidemment que la déclaration que fournissent les victimes sur les

dommages qu'elles ont pu subir en conséquence du crime ne détermine pas la peine. La tâche revient au juge qui agit dans le cadre de ses compétences, de ses pouvoirs et en tenant compte des recommandations de la Couronne. Mais la prise en compte de cette déclaration vient rehausser la sémantique de l'émotion laquelle intervient déjà—quoi qu'on en dise—dans le « rationalisme » du processus pénal. Il ne s'agit plus de simplement susciter la participation de la victime dans la construction de la preuve et de tenir compte des faits dont elle a pu témoigner en relation avec l'infraction : ce qu'elle a vu, ce qu'elle a entendu, ce qu'elle a fait ou dit, l'endroit où elle se trouvait, avec qui, pourquoi, l'heure, etc. Il s'agit désormais de susciter une toute autre forme de participation, plus personnifiée que basée sur les faits «objectifs», où il ne s'agit plus de construire la preuve, mais bien de déterminer une peine juste et bonne : on tient compte, dans ce nouveau contexte, d'une déclaration de la victime dans laquelle elle décrit non seulement les dommages matériels objectifs (la perte de deux jours de travail salarié par exemple), mais où elle se trouve également autorisée à partager ce qu'elle a ressenti et les conséquences psychologiques du crime sur sa personne.

Comme l'a lui-même reconnu le procureur 24, la plupart du temps, la déclaration de la victime sera considérée comme facteur aggravant, ce qui aura alors un impact direct sur la sévérité de la peine. Les recherches le confirment : «Victim-impact statements [...] are often directed towards greater punishment» (Roach 1999 : 31). Il y a donc une tendance punitive qui s'établit en relation avec ce nouveau mode de participation de la victime dans le processus de détermination de la peine.

Il faut toutefois insister sur une distinction importante : il y a d'une part ce que souhaitent les victimes¹⁵¹ et d'autre part les représentations des juges et des procureurs à l'égard de ce que veulent les victimes; et il n'y a pas nécessairement correspondance parfaite entre ces deux réalités distinctes. Dans les termes de Luhmann, «what the system, at the level of its operations, regards as reality, is a construct of the system itself. Reality assumptions are structures of the system that uses them» (Luhmann, 1988b: 337). Tirant profit de ces distinctions, il nous faut alors considérer que, dans la détermination de la peine, ce qui joue, ce qui influence directement le processus décisionnel, c'est moins le vouloir des victimes que

¹⁵¹ Et on peut même se demander s'il n'est pas par ailleurs imprudent de généraliser à ce point.

les représentations que le système peut s'en faire. À partir du moment où le système considère important de tenir compte de la déclaration de la victime¹⁵² et qu'il se laisse gouverner par l'idée, comme le rapporte ici le juge 29, qu'«il y en a beaucoup [de victimes] qui veulent de la rétribution», les effets sur la sévérité de la peine sont alors considérables. Cette même idée, supportée par le juge 26 :

[JUGE #26] Je ne pense pas que les longues peines soient reliées aux droits de la personne. C'est deux questions complètement séparées. *Les victimes ont demandé à avoir des peines beaucoup plus sévères parce qu'elles ont été heurtées, elles ont été meurtries, elles ont perdu quelqu'un...*

Y a-t-il vraiment, comme on semble le suggérer ici, une relation de cause à effet entre ce que les victimes demandent et ce que le juge accorde? N'y a-t-il pas entre ces deux phénomènes un effet de système qui agit au niveau cognitif pour mettre les demandes des victimes, quelles qu'elles soient, dans une forme compatible avec les orientations punitives induites par la rationalité pénale? Étudions cette hypothèse avec le support de l'empirie.

Dans le prochain extrait, le procureur 12 nous met face à un cas réel : une famille agit dans le conflit en tant que représentante de la victime décédée et demande l'abandon des poursuites pénales contre l'auteur du crime. La famille a vécu une perte douloureuse, mais considère que le châtement qui guette l'auteur du crime risque de porter atteinte à leurs valeurs. Du coup, du point de vue des acteurs qui reçoivent la communication à travers la rationalité pénale moderne, la position «trop» conciliatrice et non hostile de la famille devient non seulement suspecte, mais potentiellement irritante pour le système.

[PROCUREUR #12] J'avais un dossier de facultés affaiblies causant la mort, un petit gars de 19 ans. La famille des victimes qui venait me dire «je veux que vous retiriez la plainte, parce qu'on a déjà une victime et on n'en veut pas deux»...Les victimes étaient contre nous! [Tout le monde était contre nous] : l'avocat de défense contre nous, la victime; bien sûr, l'accusé contre nous; le juge, même le juge était contre nous... « Vous faites un an en prison, that's it ». C'était ça l'offre.

¹⁵² Et tenant pour acquis que les besoins que peut communiquer un être humain—sur le coup de l'émotion et dans un contexte institutionnel où le médium est souvent le message—correspondent réellement à ses besoins fondamentaux; ce que bien des partisans de Freud n'admettraient pas aussi facilement.

La victime qui réclame la sévérité est une victime envers laquelle le système a l'obligation et le devoir de se rapprocher, tandis que la victime qui ne s'inscrit pas dans les hostilités du processus judiciaire en est une dont il faut se méfier, voire considérer qu'elle appartient au camp adverse. Or, dans cette situation, nous n'avons pas le même type de communication que celui que nous avons analysé précédemment et qui insistait sur le besoin de respecter les sentiments de la victime, sa vulnérabilité, ses intérêts. Du coup, la victime est vue comme étant contre l'acteur judiciaire... Pourquoi *contre*? Cette victime clémente qui exprime le désir de pardonner ou, à tout le moins, de ne pas reproduire les hostilités dans le cadre du système de droit criminel, n'a-t-elle pas le même droit de se faire entendre que la victime qui «réclame des longues peines»? Comment se fait-il que ces deux situations soient observées de façon différente? À travers les lentilles de la rationalité pénale moderne, pour le système, la victime «d'usage» est nécessairement hostile, toute autre positionnement la rend suspecte. La victime *significative*, celle sans cesse mobilisée dans la communication du système, celle qui compte pour les acteurs judiciaires, c'est la victime qui exige des peines certaines et sévères et qui s'oppose aux peines plus clémentes et aux modes alternatifs de résolution de conflits; ce qui peut sans doute expliquer en partie ce constat de Skelton :

There is a general presumption, promoted by just deserts theorists, that victims will demand more punishment than the courts consider to be appropriate. In fact, the emerging jurisprudence has shown that victims more often demand less than the court deems appropriate (Skelton, 2007: 175).

La victime qui prône les mesures réparatrices, qui se soucie davantage du processus (reconnaissance des souffrances et des torts) que du résultat final (la peine), ou qui rejette la criminalisation de certains comportements... Cette «autre» construction de la «victime» existe (Young, 2001), mais la communication dominante du système tend à la rendre plus invisible. Le système a plutôt sélectivement retenu, pour son usage interne, *sa* «victime» et la décision légitime devient celle qui prend en compte les besoins vindicatifs.

Évitons ici toute forme de malentendu. Il ne s'agit pas de contester les nouveaux pouvoirs reconnus aux victimes. Nous considérons important, tant pour la victime que pour le justiciable, que des mécanismes communicationnels permettent, en matière de droit criminel, le partage des expériences vécues et la reconnaissance des torts. Le problème que nous

observons, du point de vue des droits de la personne, n'est pas là: ce ne sont pas les droits de la personne victime qui représentent en soi une menace pour les droits des justiciables, c'est plutôt les atteintes que porte aux droits des justiciables la mobilisation d'une logique répressive «au nom des victimes». En d'autres termes, le problème s'observe en relation au fait que les déclarations des victimes, souvent chargées en émotion, se produisent dans un univers de sens qui considère que la meilleure façon de souligner la dignité de la victime, c'est de considérer ses souffrances et de chercher à les alléger en faisant souffrir le justiciable dans les mêmes proportions.

Salas démystifie cette représentation : «la peine n'est là que pour imposer un autre mal, un mal de rétribution, et non pour ôter une souffrance» (Salas, 2005 : 64).

Ceci dit, il ne suffit pas de rejeter la logique de l'autoportrait sur le plan de la réflexion pour qu'elle cesse de produire des effets dans le domaine des opérations. En ce qui concerne les opérations, notre paradoxe refait surface. Schabas explique:

En favorisant le droit des victimes, y compris leur participation au procès, en encourageant un déroulement rapide et efficace dans le but d'obtenir une condamnation et en demandant des peines lourdes au nom de la rétribution ('les victimes la réclament') et de la dissuasion, le système de protection des droits de l'homme en vient rapidement à contredire certains de ses principes fondamentaux (Schabas, 2002 : 189-181).

Dans le processus judiciaire, la logique voulant que le mal de la victime se guérisse par le mal du justiciable nous paraît d'autant plus préoccupante qu'elle entre en jeu à un moment bien précis—celui de la détermination de la peine—où nous avons pu observer, dans les tendances communicationnelles—un affaiblissement dans la valorisation des droits de la personne coupable. Face aux droits punitifs de la victime, le coupable se retrouve alors sans défense, dans une position de vulnérabilité d'autant plus grande qu'au niveau communicationnel, ses protections semblent l'abandonner au même moment où sa déclaration de culpabilité vient éliminer le capital de sympathie résiduel que lui valait encore la présomption d'innocence.

Le problème d'une telle conception des droits des victimes est relié au fait qu'elle s'énonce—sur le plan des tendances communicationnelles—contre les droits du justiciable, contre la possibilité qu'il puisse continuer de mobiliser les droits de la personne au stade de la détermination de la peine.

[JUGE #23] Par sensibilité à des gens qui sont vulnérables, on nous oblige maintenant à considérer la vulnérabilité de la victime comme étant un des facteurs qu'on doit considérer dans la détermination de la peine. Que ce soit un enfant, un abus de confiance par rapport à un crime sexuel, l'homophobie, les crimes contre les femmes... Alors oui, on sévit et oui on considère [ces] facteurs dans la détermination de la peine.

On assisterait ainsi à une guerre d'humanismes où «the rights of victims and potential victims are pitted against the accused's due-process claims» (Roach, 1999: 29). Si antérieurement à la détermination de la peine, le respect des droits de la personne justiciable semble être considéré comme important dans la communication, on observe ensuite chez les acteurs judiciaires un renversement des priorités où apparaît en tête de liste, et de façon quasi exclusive dans les considérations sur la peine, le respect des droits *négatifs* des victimes; négatifs au sens où le respect se communique par la sévérité de la peine et la souffrance de l'infracteur. Dans cet ordre de communication systémique, la victime est représentée comme exigeant quelque chose *contre l'autre* (peine) et moins comme exigeant quelque chose *pour elle-même* (services, soutien psychologique, restitution, dédommagement, etc.). On rejoindra ainsi, dans ce cadre, les observations de Pires à l'effet que les droits de la personne victime constituent une «catégorie paradoxale de droits de la personne: un droit *purement contre* la personne, sans gain juridique ou moral concret et immédiat autre que celui de produire de la souffrance» (Pires, 2001a: 202).

Dans cette vision des choses, comme le dit Salas, la peine «risque de se limiter à un simple message envoyé aux victimes» (2005 : 229). Elle cesserait alors d'être une réaction à un acte pour devenir un miroir sur lequel la vulnérabilité et la souffrance des victimes doivent être reflétées à leur juste valeur; c'est-à-dire, dans la «routine cognitive» que nous venons de décrire, qu'elles doivent se refléter à travers la peine et la souffrance de l'inculpé. Nouveauté? Disons plus prudemment, avec Salas, que «rarement dans le châtement du coupable aura autant retenti l'écho direct du mal subi par la victime» (Salas, 2005 : 85).

En somme, théoriquement, si la protection des droits de la personne victime peut favoriser la recherche de solutions plus positives¹⁵³ nous orientant davantage vers des «non-punitive actions that directly and indirectly alleviate human suffering ...[and] promote healing rather than punishment» (Snider, citée dans Roach, 1999 : 36)¹⁵⁴, nos résultats de recherche montrent concrètement que les «routines cognitives» plus dominantes dans le système sont celles qui actualisent plutôt une mobilisation de la sémantique des droits de la personne qui tend à instituer, au nom de la «victime» de la rationalité pénale moderne, des vocabulaires motivant essentiellement des solutions institutionnelles punitives, centrées sur la souffrance et l'exclusion sociale des personnes justiciables. Dans cette mise en forme particulière du médium des droits de la personne, nous ne pouvons concevoir qu'une reconduction à peine modulée des vieilles idées qui fondent le droit de punir.

4.2.1.3 Droits de la personne comme formule de *protection des intérêts des mouvements sociaux*

Parmi les mouvements sociaux contemporains, certains entretiennent des liens plus étroits avec le système de justice criminelle. On peut les regrouper dans ce qu'on appelle

¹⁵³ Par exemple, la valorisation des solutions axées sur le dédommagement, la pacification entre les parties, l'acceptation du pardon.

¹⁵⁴ Ces remarques de Snider s'inscrivent dans le débat féministe et les attentes différentes que les féministes peuvent avoir envers le système de droit criminel. Les revendications des mouvements féministes pour penser l'intervention par rapport aux cas de violence conjugale sont un exemple parfait du paradoxe que nous analysons. Les féministes qui travaillent sur le problème des femmes judiciairisées n'hésitent pas à dénoncer le système pénal comme un système qui produit de l'exclusion sociale et de la souffrance, qui participe à l'oppression des femmes. On décrie ce système comme un système qui touche surtout les personnes sans pouvoir, sans ressources, sans revenus, les groupes ethniques, les minorités raciales et les femmes. Les analyses féministes sur les femmes justiciables portent donc en elles une critique fondamentale de la justice pénale, de ses interventions, de ses pratiques. Quand nous regardons du côté des féministes qui se penchent sur la problématique des femmes « victimes », un phénomène de myopie cognitive semble se produire : toutes les connaissances produites par les autres féministes semblent suspendues. L'intervention pénale paraît nécessaire et obligatoire, et elle doit être vigoureuse. On veut des peines sévères, on demande des politiques de mise en accusation automatique sans possibilité de retrait des poursuites. Ces féministes regardent le pénal de façon a-critique, et ne démontrant souvent que trop peu de considération envers les besoins et intérêts des femmes victimes elles-mêmes. Elles s'inscrivent alors volontiers dans l'agenda du *law and order* des groupes plus « conservateurs ». Plusieurs victimes refusent alors d'être associées aux revendications que les féministes font en leur nom. Voir à ce sujet Parent et Digneffe (1994).

communément «les mouvements de victimes» ou encore certains «mouvements de défense des droits de la personne».

Jusqu'à ce jour, les recherches se sont surtout intéressées à l'impact de ces mouvements activistes sur le fonctionnement du système politique, notamment en ce qui a trait à la création de la loi pénale¹⁵⁵. Les observateurs indiquent une influence de plus en plus marquée de ces groupes sur le politique, mais remarquent parallèlement leur influence de plus en plus notoire dans le fonctionnement du système juridique.

[...] in systems in which there exist broad constitutional rights guarantees, popular movements seem especially capable of using contradictions between political practice and constitutional promise as a means for organizing support for their causes. And when such movements have had access to resources for legal mobilization, they have turned to the courts, creating the conditions for a new range of judicial activity. Thus a bill of rights provides popular movements with a potential tool for trying judicial power to their purposes (Rosenberg, cité par Hiebert, 2002 : 207).

Nous allons isoler dans ce rapprochement des mouvements sociaux et du juridique, quatre dimensions constitutives du problème. En premier lieu, nous allons tenter de montrer que les droits de la personne peuvent être juxtaposés aux «droits» de participation des mouvements sociaux ou des mouvements de victimes. Deuxièmement, nous souhaitons attirer l'attention sur les communications du système quant au statut à attribuer à ces nouveaux «acteurs» dans le fonctionnement du système. En troisième lieu, nous voulons souligner comment et pourquoi l'ouverture du système de droit criminel à ces mouvements sociaux peut avoir un impact négatif sur la protection des droits de la personne du justiciable. Finalement, nous explorerons la question de savoir si la référence à ces mouvements sociaux dans les communications systémiques doit se concevoir comme étant de la «self-reference» ou de l'«external reference»? (Luhmann, 1993 : 106).

Les acteurs judiciaires ont l'impression que le simple fait d'évoquer le thème des droits de la personne est une stratégie qui permet à des revendications autrefois exclues de retenir

¹⁵⁵ Roach mentionne que «Victim advocacy often focuses on creating new criminal laws in the hope that they will prevent future victimization» (Roach, 1999: 31).

désormais davantage l'attention des tribunaux, eux-mêmes plus sensibles au thème. Dans le prochain extrait, le procureur 24 reconnaît que dans le contexte actuel, il est en effet de bonne stratégie de la part des mouvements sociaux voulant retenir l'attention de la Cour que de se présenter comme des «mouvements des droits de la personne».

[PROCUREUR #24] Premièrement, le fait d'utiliser le vocable des droits de la personne pour pouvoir avancer leurs positions [celles des mouvements de défense de droits de la personne]—par exemple dans [l'affaire] Latimer—c'est de bonne guerre. C'est la façon de nos jours d'avoir l'écoute de la cour. Si on ne parle pas en matière de droits constitutionnels et de charte, on n'ira pas très loin. Si l'objectif dans l'affaire Latimer, par exemple, était de [faire] reconnaître l'importance des droits des handicapés à travers une sentence dissuasive, il fallait [le formuler] dans les termes des droits de la personne. Ils [les mouvements] n'ont pas le choix. Sinon, comment avoir un équilibre ou comment avoir le même palier d'écoute?

Le cas de Robert Latimer, auquel on fait ici référence, est en effet fort pertinent pour comprendre ce phénomène. Comme nous l'avons rapporté dans le chapitre I, les demandes qui ont été formulées par les groupes de défense des droits des handicapés visaient l'ordonnance d'une peine exemplaire pour M. Latimer, *la seule* jugée acceptable pour respecter la dignité, dans le système pénal et dans la société en général, et permettre la reconnaissance des handicapés en tant que personnes à part entière. On voit ici l'effet induit par les théories de la peine qui «recodent» à leur manière la sémantique des droits de la personne : une «sincère» reconnaissance de la valeur d'une personne et de l'importance de la protéger passe par des peines sévères et dissuasives.

La juxtaposition des droits de la personne avec les théories de la peine nous fait aboutir à une (sur)valorisation des peines afflictives et génératrices d'exclusion sociale : pour communiquer la valeur des uns, il faut faire souffrir les autres; pour protéger les uns, il faut exclure socialement les autres. Ces considérations rejoignent celles de Roach:

Concern about crime victims and disadvantaged groups of potential victims provided a new symbolic and legitimating language for the same old crime-control routine of enacting criminal laws; arresting, convicting, and imprisoning a minority of the people who break those laws; and opposing due-process claims (Roach, 1999: 32).

Encore une fois, dans ce type de mobilisation de la sémantique des droits de la personne victime, ce que nous perdons de vue ou considérons comme moins important, voire négligeable, c'est la dimension garantiste des droits de la personne du justiciable. Dans le rapport qu'entretient le droit criminel avec les revendications des mouvements de victimes, est réitérée la relation antinomique entre les droits des victimes et les droits des justiciables. Dans la communication du juge 26, le phénomène est reconnu, mais n'est pas conçu comme un problème :

[JUGE #26] Je suis convaincu que [sur le coup des revendications formulées par] les mouvements des droits de la personne, au niveau de la sentence—pour les personnes accusées de facultés affaiblies qui causent des lésions, qui causent la mort—les droits de l'accusé sont non pas escamotés, mais ils prennent moins de place...mais [malgré tout, on reste dans la logique] des droits de la personne parce qu'une personne a le droit de conduire une voiture et de ne pas être frappée par quelqu'un qui est saoul.

Ainsi, si on suit ce raisonnement, ce n'est pas parce que les droits de l'accusé sont «escamotés» ou «prennent moins de place» que la justice cesse d'être sensible aux droits de la personne. La justice demeure sensible aux droits de la personne, mais elle considère qu'avant de reconnaître aux justiciables la protection de ses propres droits, il faut d'abord s'assurer de protéger ceux des «honnêtes citoyens», notamment par l'entremise de sanctions sévères susceptibles de dissuader quiconque d'adopter des comportements menaçants pour autrui. Ces usages donnent raison à Pires quand il identifie une «tendance contemporaine à transformer le public en une sorte de «'source du droit de punir'» non identifiée comme telle» (Pires, 2001a : 200).

La deuxième question que nous voulons aborder est celle que nous avons commencé à traiter dans le chapitre I et qui était de savoir comment les acteurs judiciaires *évaluent* la participation des mouvements de victimes dans le système.

À cet effet, au niveau empirique, les communications pointent dans plusieurs directions. Commençons par les communications qui conçoivent avec une certaine méfiance la place de plus en plus significative que ces mouvements de victimes revendiquent dans le fonctionnement de la justice criminelle. En voici un exemple :

[JUGE #5] En matière d'imposition de la peine, je ne pense pas qu'il y ait de la place pour les groupes organisés. La victime, à titre de personne lésée par le comportement fautif a le droit d'être entendue et peut à juste titre s'attendre à ce que son point de vue puisse être pris en considération. Ça je veux bien. Mais des regroupements de victimes qui voudraient intervenir dans le processus de détermination de la peine, non. Je trouve que ça ne fonctionne pas. C'est une perversion de l'exercice d'imposition de la peine.

Le juge 5 distingue clairement entre le rôle de la victime en tant qu'acteur faisant légitimement partie du processus pénal et le rôle nouvellement revendiqué par des mouvements sociaux qui voudraient dans le processus se faire reconnaître le même droit de participation que les victimes. À partir de la communication du juge, on peut dire que clairement, les mouvements sociaux sont observés comme étant extérieurs au système; leurs points de vue ne peuvent participer à la reproduction communicationnelle du système en matière de détermination de la peine. Si nous devions concevoir l'inclusion de ces mouvements dans la communication, nous pourrions observer, dans les termes du juge 5, un risque de «perversion» du système, un risque que Luhmann associe à la dédifférenciation systémique, c'est-à-dire à l'effacement des frontières qui permettent au système de maintenir la distinction système/environnement.

Dans l'extrait suivant, le juge 5 rappelle que pour le système de droit criminel, sa tribune est distincte de celle du politique, que sur sa tribune, le crime doit être traité dans ses particularités et non comme un phénomène de société; la peine doit conséquemment répondre au crime commis, et non entreprendre de «régler des problèmes de société». Le juge 5 reconnaît ici la différenciation fonctionnelle qui sépare le juridique du politique et oriente ce faisant les mouvements sociaux vers d'autres tribunes que celle du droit criminel :

[JUGE #5] L'exercice d'imposition de la peine tel que je le conçois, n'est pas là pour redresser des tendances lourdes dans la société, c'est un exercice qui est individualisé pour sanctionner un comportement précis qui a été posé dans des circonstances précises par un individu en particulier. D'ailleurs, un des principes fondamentaux d'imposition de la peine, c'est le principe de l'individualisation de la peine. On ne se sert pas du processus d'imposition de la peine pour régler des problèmes de société ou des tendances lourdes de société. S'il y a un phénomène de femmes battues—et il y en a de ces phénomènes-là—on ne fait pas le procès de la société ou de la difficulté des hommes de gérer la violence à l'égard des femmes dans le cadre d'un dossier d'espèce. Il y a d'autres

types d'exercice pour ça, d'autres types de forums. Mais je n'ai jamais admis que l'exercice d'imposition de la peine à un accusé en particulier, à qui on reproche d'avoir posé un geste particulier, puisse servir de prétexte pour imposer des mesures de redressement collectif.

On comprend, à partir de ce dernier extrait, que le juge doit juger la cause *devant lui* avec les règles du système qui ont été établies pour faire en sorte que la peine soit adaptée aux circonstances de l'acte et à la personne de l'accusé. Dans ce cadre, le procès pénal n'est pas et ne peut devenir un lieu de «redressement des problèmes sociaux». Il ne peut ni ne doit servir à corriger les «tendances lourdes de la société». En matière de justice pénale, le cas, par exemple, d'une victime de violence conjugale ne peut devenir le cheval de Troie pour les mouvements de défense des droits des femmes ou des victimes de mauvais traitements.

Dans l'extrait précédant, sur le plan de la détermination de la peine, la communication s'est référée à l'idée «d'exercice», de «processus», organisé selon certains «principes» dans un «forum» circonscrit, ce qui semble implicitement suggérer une procédure spécifique, distincte. La procédure instituée dans un système ou une organisation est toujours sélective dans la détermination des acteurs autorisés à y participer. On peut à ce sujet tirer profit des remarques que formule Luhmann lorsqu'il se réfère, dans d'autres tribunes juridiques, aux grandes associations qui viennent parfois plaider dans des causes jugées «politiquement» importantes:

Ce ne sont pas tous ceux qui s'intéressent aux problèmes traités ou qui peuvent être touchés par les décisions qui seront éventuellement rendues, qui ont accès à la procédure : on doit, au contraire, pouvoir démontrer des intérêts très spécialisés et juridiquement établis pour obtenir dans la procédure un rôle actif accompagné d'une prise de parole. Le conflit est de cette manière politiquement neutralisé et on empêche par là que des problèmes particuliers ne deviennent, au moyen de mécanismes de généralisation tels que le fait de prendre parti, l'identification, l'échange d'appuis, les sentiments de vengeance et d'autres encore, le point de cristallisation de fronts et de conflits généraux qui pourraient diviser des groupes importants de la population (Luhmann, 2001a : 118).

Pour Luhmann, l'attribution d'un rôle important à ces acteurs témoignerait d'une incapacité du système juridique à contenir les tensions présentes dans le système politique ou au niveau du système social. Ces demandes et l'expression de ces attentes, comme le

mentionnait notre juge, doivent avoir lieu dans d'autres forums que le Tribunal, une organisation où la décision a comme but celui de mettre fin à un conflit spécifique et non celui de redresser «les tendances lourdes de la société», ce qui reviendrait plutôt au système politique.

La position des acteurs judiciaires sera toutefois tout autre lorsqu'il s'agira par exemple d'encadrer un débat constitutionnel sur la validité d'une loi pénale. On change alors de procédure et la sélectivité des participants ne s'opère pas de la même manière. Ainsi, dans ce contexte, la participation des mouvements sociaux est observée comme étant autorisée et même encouragée. Il ne s'agit plus en effet de se positionner sur la détermination de la peine dans un cas particulier, mais bien de se positionner, par exemple, sur la valeur constitutionnelle de la peine en tant que mode de résolution du conflit généralisable pour certains types de crimes. Le juge 5 reconnaît lui-même qu'il y a une différence:

[JUGE #5] Oui, devant la Cour suprême, là, c'est autre chose parce que si ma mémoire est bonne [il se réfère à la cause *Latimer*] la question qui était posée à la Cour suprême, c'était de statuer sur la constitutionnalité de la peine imposée pour le meurtre dans des circonstances comme celles-là. Alors là, il fallait tester la constitutionnalité de la loi. Bon, les groupes de défense de différents intérêts dans la société, lorsqu'il s'agit de statuer sur une constitutionnalité de loi, peuvent certainement avoir droit au chapitre. Mais au quotidien, pour l'ensemble de l'exercice de l'imposition des peines, on ne peut pas se permettre d'ouvrir ce genre de porte-là.

Nous pouvons faire l'hypothèse suivante : les pouvoirs que la constitution canadienne accorde aux juges—en tant que «gardiens des droits de la personne»—et qui leur permettent d'intervenir (en invalidant la loi du Législateur, par exemple) dans des sphères qui avaient été traditionnellement réservées—avant la Charte—au système politique, amènent les organisations judiciaires à accepter—comme s'il s'agissait de la contrepartie rendue à une démocratie vue comme fragilisée—que des mouvements sociaux de la société puissent, dans ce cadre bien spécifique, prendre la parole. Qui plus est, dans ce cadre bien spécifique, le droit de parole est aussi perçu comme pouvant être utile à la prise de décisions. En effet, les acteurs judiciaires ont mentionné, ici et là dans notre empirie, qu'en ce qui a trait à ces débats constitutionnels, ces mouvements pouvaient apporter des points de vue et fournir des informations pertinentes et utiles auxquelles ils n'auraient pas nécessairement eu accès

autrement. S'il n'en fait pas une règle générale, le système reconnaît tout de même cette contribution.

[JUGE #6] Nous avons beaucoup de discussions parfois sur l'utilité des interventions qui sont souvent le fait de la poursuite comme de la défense. Parfois, dans le passé, elles ont contribué à élargir le cadre d'un débat, à l'enrichir; à l'occasion elles ne font qu'alourdir et prolonger la discussion.

Le rôle des mouvements sociaux peut être observé par les acteurs comme un «rôle de collaboration»: ils peuvent enrichir le débat et fonctionner comme une courroie de transmission des positions sociales conflictuelles par rapport à l'enjeu concret qui doit faire l'objet d'une décision dans une cour de dernière instance. Dans ces situations, l'intégration de ces nouveaux acteurs judiciaires prend «la forme d'un "processus de construction de la norme, par des participants à la recherche d'une solution au litige"» (Bernatchez, 2006 : 129). À d'autres moments, la participation semble avoir des impacts jugés moins intéressants. Ce qui nous amène à notre troisième point.

Pouvons-nous observer l'impact que la participation des mouvements sociaux peut avoir au regard de la protection des droits des justiciables? Les communications suggèrent que de donner accès à une pluralité d'intervenants peut contribuer à renforcer les demandes des victimes et risquer de créer un déséquilibre dans le rapport de force avec l'accusé¹⁵⁶. Les deux communications suivantes illustrent ce point :

[JUGE #26] Les victimes, à force de se regrouper, ont eu leur place. Je vous parlais tout à l'heure de MADD [*Mothers against drunk drivers*]. Il y a beaucoup de groupes de pression et il y a un groupe dans l'Ouest qui est piloté par un ancien procureur de la Couronne (dont le nom m'échappe) qui est à droite et puis s'il pouvait couper les bras de la personne qui a volé ou des choses comme ça...

[JUGE #6] Parfois elles [les interventions de certains mouvements et associations] créent des situations un peu inconfortables : c'est particulièrement le cas dans certaines catégories d'affaires pénales où, disons, un appel est logé par la couronne dans une province et tous les procureurs généraux des provinces se précipitent dans le dossier au soutien de leurs collègues d'une province : on voit arriver l'association des chefs de

¹⁵⁶ Ces mouvements sociaux qui participent à titre d'intervenants ne sont pas là pour défendre «directement» la victime mais pour faire avancer leur cause en mettant de l'avant les intérêts communs qu'ils peuvent avoir avec les victimes.

police, l'association des syndicats policiers, de sorte qu'on peut voir des fois une douzaine d'intervenants réclamant la tête du prévenu. Dans d'autres cas, c'est plus équilibré, parce qu'on voit arriver l'association des avocats de défense, Amnesty International, tel ou tel groupe, etc., qui vient rétablir l'équilibre du débat de sorte que dans ces cas-là, ce ne sont pas seulement les préoccupations dites de la loi et de l'ordre qui s'expriment.

En considérant ces derniers extraits, doit-on reconfigurer les conflits et privilégier désormais la formule la «Reine *plus tel ou tel groupe ou organisation* contre Untel ?» (Pires, 2001a : 199). Il faut sans doute attendre un peu et laisser le temps agir et voir comment les choses pourront se stabiliser. Mais en attendant, nous pouvons noter que des changements importants sont en cours dans le rapport du droit criminel aux formes de participation élargies: les communications du système l'attestent et les enjeux, tant pour la victime que pour l'accusé, sont clairement indiqués.

Sur ce, nous passons au dernier point de cette sous-section où nous tenterons de mieux comprendre si les acteurs judiciaires conçoivent l'*input* des mouvements sociaux comme un élément interne ou s'ils le conçoivent plutôt comme un élément externe au système. Rappelons qu'à cet égard, la typification de l'*input* déterminera s'il pourra revendiquer son inclusion communicationnelle et participer à la décision, ou s'il sera plutôt exclu, considéré comme «bruit» plutôt que comme «information».

On connaît le point de vue de la théorie des systèmes sur cette question :

[...] malgré les liens multiples qu'il entretient avec les autres structures sociales, avec d'autres formes de régulation sociale comme la morale ou la politique, c'est le système juridique lui-même qui décide d'accepter les messages ou, pour parler comme Luhmann, les irritations qui lui proviennent de l'extérieur (Sosoe : 2001 : xxvii).

Mais n'y aurait-il pas, dans chaque système social, un seuil de résistance maximal à l'irritation ? N'y a-t-il pas un moment où l'intensité du bruit devient à ce point élevée qu'il faille le traduire en information pertinente ?

Dans la communication émise par le juge 6, bien qu'il reconnaisse comme étant particulièrement «bruyantes» (au sens luhmannien du terme) les pressions militantes qu'exercent les mouvements sociaux sur les fonctions judiciaires, le système ne semble pas tout à fait prêt à admettre qu'on puisse les considérer comme faisant désormais partie des critères internes de la décision judiciaire. Ceci dit, l'hésitation communique tout de même quelque chose quant à la force avec laquelle la pression de ces mouvements s'exerce sur les décideurs.

[JUGE #6] Écoutez, ça crée sûrement un climat, globalement, un climat défavorable pour le prévenu. Ça crée un encadrement social où l'exercice de l'indépendance judiciaire dans le processus de détermination de la peine devient plus difficile en raison parfois des réactions que provoquent certaines décisions judiciaires. Ce ne sont pas, évidemment, ces déclarations ou ces représentations qui se présentent au prétoire, dans la salle d'audience, mais elles sont présentes dans l'environnement où travaille le juge, où travaille la poursuite, où œuvre la défense.

Luhmann dira que pour qu'un système puisse malgré tout conserver sa clôture normative, il doit pouvoir produire ses décisions en se référant à ses propres critères de décision internes. Mais cette fermeture au niveau opérationnel n'implique pas la même fermeture au niveau cognitif. Comme le souligne Luhmann :

Normative closure does not exclude cognitive openness. On the contrary, it requires the exchange of information between system and environment.

.....

To paraphrase the famous definition of cybernetics by Ashby: the legal system is open to cognitive information, but closed to normative control (Luhmann, 1986: 113).

En ce sens et pour revenir à notre problème, si le système judiciaire devait «choisir» de convertir les revendications externes des mouvements sociaux en critères de décision interne, il le ferait sans doute dans l'exercice de sa pleine autonomie. Mais en la matière, cette ouverture cognitive, la conversion du «bruit» produit par les mouvements sociaux en information pertinente pour la communication systémique se ferait—plus souvent qu'autrement, si on considère le sens de l'extrait précédent—au détriment du prévenu et de ses droits fondamentaux.

Quoi qu'il en soit, la question demeure, mais se précise : comment décrire *l'input* qu'apportent les mouvements sociaux, en se servant des droits de la personne, au système de droit criminel: Relève-il d'une «ouverture cognitive»¹⁵⁷, d'un échange d'informations entre le système et son environnement où sommes-nous en présence d'un «contrôle normatif», de la prise en compte des attentes de ces mouvements dans les processus décisionnels du système?

Dans le prochain extrait, encore une fois, les hésitations de la communication sont parlantes. Le problème apparaît comme une menace pour l'autonomie judiciaire et dans un contexte où les pressions sont presque insupportables, il faut non seulement pouvoir compter sur la procédure, mais il faut par ailleurs et peut-être même de plus en plus, pouvoir compter sur les convictions des individus:

[JUGE #18] Croyez-moi, je l'ai vécu et les lobbys féministes sont puissants. C'est correct. Ils défendent leur point de vue. Alors ça oui, c'est un cas où l'opinion publique peut avoir une influence même sur le verdict. Et ça, c'est pernicieux. On est indépendant...il faut avoir le courage de ses convictions. On n'est pas là pour plaire à une opinion publique. On est là pour rendre une décision.

Dans cette représentation des choses, pour maintenir l'indépendance du système, la pression exercée par les mouvements sociaux ne doit pas se vivre comme un critère de décision. Les mouvements sociaux ne peuvent pas se substituer au système pour évaluer la légitimité de sa décision. On ne peut pas, en paraphrasant Luhmann, «attribuer aux destinataires de la décision qui sont présents le rôle de ceux qui doivent la légitimer, et cela ni ouvertement, ni implicitement» (Luhmann, 2001a : 105). Les mouvements sociaux peuvent certes participer, mais ils ne peuvent pas être la source «du sens et du droit». La participation du public à la procédure doit demeurer «non-impliquée» (*ibid.*: 119). Le droit doit se soumettre aux attentes du droit et non à celles de son environnement; il s'agirait là, de la

¹⁵⁷ Nobles et Schiff nous aident à comprendre ce concept central dans la théorie des systèmes: «The openness can be described as cognitive because the system can learn. This means that it may respond to its environment by making communication that alter the possibilities of what will, in the future, constitute a communication within the system» (2004: 8).

condition nécessaire de son ouverture cognitive. C'est le paradoxe de la théorie des systèmes: le «paradox of the cognitive *openness* grounded in the operative closure of the legal system» (Neves, 2007: 424). La même idée, mais reproduite ici dans les termes du juge 4 :

[JUGE #4] Je pense que ça peut enrichir le débat d'avoir un point de vue partisan, parce qu'un groupe d'intervention est nécessairement partisan, donc je ne pense pas que ça devrait nécessairement être découragé... mais ça prend des juges qui sont solides, qui n'obéiront pas à la pression mais à l'intelligence de ce qui va être dit. C'est différent. C'est tout.

Dans cet extrait, la participation en tant que telle des mouvements sociaux n'est pas considérée comme problématique, au contraire, elle est observée comme pouvant être utile. Mais elle remplit les conditions de son utilité et évite de devenir problématique, dans la mesure où le système maintient la frontière opérationnelle et exerce un contrôle sur la réception et la mise en forme des attentes qu'expriment ces mouvements. L'idée n'est donc pas celle de préconiser l'autarcie : la théorie des systèmes insiste sur le fait que le système ne peut se reproduire qu'en relation avec son environnement. L'idée est plutôt de favoriser en tout temps, dans les échanges avec l'environnement, l'auto-référence du système. Auto-référentiel, le système s'autorégule en référence à lui-même, en référence à ses propres structures et critères de décisions internes (Amado, 1989 : 25). Si le système se garde le droit de sélectionner en fonction «de l'intelligence de ce qui a été dit» (juge #4), il préserve son autonomie car «toute sélection est exercice d'autonomie» (Luhmann, 2001a : 62). Le système doit pouvoir évaluer la pertinence des revendications externes, qu'elles viennent des mouvements sociaux ou d'ailleurs, de manière à pouvoir décider (sélection 1) s'il les intègre ou les exclut; s'il décide de les intégrer, il doit déterminer par et pour lui-même (sélection 2) comment il les intégrera, sous quelles formes, en leur attribuant quel sens; et déterminer par ailleurs quels seront les vocabulaires de motifs privilégiés (sélection 3) pour motiver à la fois ses intégrations et ses exclusions. Nous sommes en train de réfléchir aux risques de dédifférenciation, nous ne sommes pas en train d'évaluer la *qualité* des critères internes du système.

Nous assistons sans doute aujourd'hui, dans le système de droit criminel, à la «judiciarisation» des attentes des mouvements de défense des droits de la personne. Ce qui n'est pas encore clair pour nous, au terme de cette analyse et des considérations théoriques qui l'ont traversée, c'est de savoir si cette participation menace ou non l'autonomie¹⁵⁸ du système de droit criminel. Luhmann dira à ce sujet que «la question de savoir ce qui peut résulter d'une implication réelle des destinataires de la décision dans la procédure décisionnelle nécessite un examen sérieux » (Luhmann, 2001a : 75) et sans doute aussi que les résultats de cet examen dépendront des cas empiriques étudiés. Dans le cadre de cette recherche, nos propres observations empiriques ne nous ont pas permis de trancher la question. À cet égard, il faudra, dans l'avenir, prolonger l'analyse et l'enrichir de nouvelles contributions empiriques et théoriques.

De façon provisoire, nous nous contenterons de dire que les attentes des mouvements sociaux ont un impact certain dans la prise de décisions et le fait qu'elles soient formulées dans les termes des droits de la personne attire sans doute l'attention des acteurs judiciaires tout en rendant possible pour le «bruit» de se traduire en «information» pertinente. Mais nous ne pouvons pas affirmer que le système ait pour autant renoncé à son «monopole [dans] la détermination de l'*ensemble* des prémisses décisionnelles» que sont les siennes (Luhmann, 2001a : 64).

¹⁵⁸ Luhmann fait des remarques utiles pour que nous puissions évaluer la perte d'autonomie d'un système social : «Dans la dimension sociale, l'autonomie dépend de la différenciation de l'environnement. Les procédures judiciaires des sociétés civilisées (à la différence de celles des sociétés archaïques) se caractérisent par le fait que le secteur d'approvisionnement en prémisses décisionnelles juridiques et celui en prémisses décisionnelles factuelles sont *socialement* séparés. Les instances qui établissent le droit ne déterminent pas en même temps les faits qui sont véridiques, et l'inverse est également vrai. Ces deux environnements sont séparés et ne peuvent se dominer l'un l'autre. Ils ne se confrontent qu'au sein de la procédure et uniquement en vertu de celle-ci. La procédure est de ce fait délestée de la pression sociale et, ainsi, des possibilités internes de modification des principes d'orientation surgissent : on doit (et on peut) rechercher et interpréter les normes d'après les faits relatifs au cas et inversement rechercher et interpréter les faits d'après les normes» (Luhmann, 2001a : 63).

4.2.1.4 Les droits de la personne comme formule de *protection des valeurs fondamentales de la société*

Dans la mise en forme que nous allons soumettre à l'analyse dans cette section, les droits de la personne sont représentés comme faisant partie des valeurs fondamentales de la société. Autour de cette conception, le droit criminel s'auto-décrit comme l'institution sociale par excellence, celle qui peut encore, mieux que toute autre, se mettre au service de la société toute entière pour prendre à sa charge la tâche de la protéger en veillant sur ses valeurs fondamentales. La tâche consiste 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. C'est l'autoportrait identitaire du système de droit criminel qui s'actualise dans les communications supportées par les deux prochains extraits :

[JUGE #23] Le droit criminel aujourd'hui joue le rôle d'établir des normes morales plus que jamais. On se réfère de plus en plus au droit criminel pour déterminer où sont les limites d'une société en termes de comportement et de moralité de comportement. Et ça c'est nouveau pour le droit criminel. C'est une nouvelle fonction. Parce que par le passé, il y avait d'autres sources pour établir des ordres moraux dans une société, surtout la religion.

[JUGE #3] Le droit criminel, je crois qu'il est essentiel dans une société pour créer des limites, des balises, pour situer les gens. C'est pour faire la distinction entre le bien et le mal. Tout simplement. Les gens savent que si c'est une infraction qui est au Code criminel, c'est le mal, et s'ils commettent cette infraction-là, ils vont se faire punir.

Dans ces communications, le système de droit criminel, comme «espace public de substitution»—pour adapter à notre propos l'expression de Garapon et Engels (cités dans Cartuyvels, 2002 : 114)—est néanmoins conçu comme «le moyen de rétablir l'unité morale diluée» (Salas, 2005 : 227), comme l'institution pouvant fournir la «morale de remplacement» (Cartuyvels, 2002 : 114).

Il faut voir que cette auto-description fait surface dans le cadre d'une modernité à l'intérieur de laquelle «the impression emerges that morality possessed a societally integrating function that it no longer adequately fulfills»¹⁵⁹ (Luhmann, 1984: 235). Or, dans

¹⁵⁹ Luhmann critique par ailleurs cette idée, du fait qu'elle ne prend pas en compte le côté polémique, non consensuel qui a toujours été «co-constitutif» de la moralité. Luhmann : «Only in

une société fonctionnellement différenciée, les questions morales ne sont pas génératrices de consensus, elles sont traitées de façon différenciée dans chaque sous-système de la société et les mises en forme opérées par les différents systèmes sont susceptibles d'entrer en conflit les unes avec les autres. Pour le dire comme Salas, «les valeurs communes ne vont plus de soi» (*ibid.*: 227). En ce sens, et en paraphrasant Luhmann par rapport aux deux extraits précédents et à l'auto-description identitaire qui en découle pour le droit criminel moderne, nous devrions souligner que «such an interpretation overlooks the fact that morality is laden with conflict, that it has its polemical side» (Luhmann, 1984: 235). Luhmann précise l'idée: «only in superficial and one-sided consideration does morality appear to be a means of binding human beings within society. Morality repels, quarrels, and impedes the resolution of conflicts» (*ibid.*: 235).

Dans ce cadre, Luhmann considère que, pour le sociologue «the true sociological interest is to investigate how the semantic equipment of morality varies with the typology of social systems» (Luhmann, 1984: 238). L'intérêt de cette approche réside dans le fait qu'elle permet de décrire des moralités diverses, car chaque sous-système construit, à l'interne, sa propre vision de «sa» morale. Le fait que le droit et la morale soient deux systèmes séparés ne signifie pas ainsi que la communication juridique ait abandonné la terminologie ou la sémantique de la morale. Chaque système construit cognitivement une représentation de la moralité sociale à l'intérieur de laquelle il conçoit comme important et devant être protégées les valeurs *qu'il qualifie de valeurs fondamentales* de la société.

Si on choisit d'adhérer—ne serait-ce que pour les fins de l'analyse—à l'auto-description toute-puissante qui nous est proposée par nos acteurs (mettant pour l'instant de côté la conception luhmannienne), on est alors en position de se demander, en tant que sociologue et observateur de deuxième ordre—si le droit criminel considère qu'il doit lui-même, à l'intérieur de ses propres opérations, à l'intérieur de ses propres frontières communicationnelles, protéger les valeurs «fondamentales» de la société et comment, de quelles manières, sous quelles formes? Et comment la sémantique des droits de la personne

superficial and one-sided consideration does morality appear to be a means of binding human beings within society. Morality repels, quarrels, and impedes the resolution of conflicts – an experience that has resulted, among other things, in the separation of law and morality» (Luhmann, 1984: 235).

participe-t-elle de cette opération? Ce qui pose toute la question de la mise en forme des droits de la personne en ce qui concerne l'auto-adaptation du système et son évolution. C'est ce que nous tenterons d'observer dans la prochaine section.

4.2.2 Les droits de la personne comme formule d'*adaptation et/ou d'évolution*

Dans l'ensemble des mises en forme du médium «droits de la personne», s'est condensée dans notre matériel empirique celle selon laquelle les droits de la personne se conçoivent comme des ressources favorisant l'adaptation du système à certains stimulus et événements produits dans son environnement. Dans cette forme, les droits de la personne peuvent être décrits comme un dispositif de «mise à jour» du droit criminel lui permettant de répondre aux mutations de l'environnement.

L'environnement est ici conçu comme une source d'irritation perpétuelle pour le système. Le système ne peut faire autrement—ne serait-ce que pour maintenir sa différenciation—que de soutenir une «ongoing reference to the environment» (Luhmann, 1984 : 350).

Rappelons toutefois que du point de vue de la théorie des systèmes, toute adaptation du système est «auto-adaptation», car même si «chaque système ne peut exister et se reproduire que dans un environnement», il n'est jamais «obligé» de s'adapter à l'environnement (Amado, 1993 : 117). Luhmann insiste: «all structural change, whether adaptation to the environment or not, is self-change». Il reformule dans d'autres termes encore: «there is no direct, causal intervention of the environment on the system without the system's cooperation» (Luhmann, 1984: 350). Comme le fait remarquer Amado, le rapport entre système et environnement est conçu dans toute sa complexité et ne peut dès lors se condenser dans un simple rapport de causalité où la nature des bouleversements environnementaux permettrait en soi d'expliquer et de comprendre les adaptations corrélatives dans le système. Il explique le point de vue privilégié par la théorie des systèmes:

Ce que chaque système reçoit de son environnement, ce n'est pas un élan causal, sans participation du système, mais une «résonance» subséquente à la production d'un changement dans cet environnement, mais perçu par le système conformément à son chiffre. Les changements dans l'environnement sont de pures «données» qui, en tant que telles, ne signifient rien dans le système. Pour celui-ci, elles ne sont retenues que comme «information», mais c'est le propre système qui détermine la valeur informative des données qu'il assume (Amado, 1993: 119).

On peut ainsi se poser la question de savoir comment la théorie conçoit alors la création de sens dans le rapport actif que le système entretient avec son environnement. Les explications d'Ahlemeyer complètent celles d'Amado à ce sujet:

Systems [...] observe their complex environments, selectively and system-specifically. Information about the environment is always self-produced by the system and not simply a fact of the environment which existed independently of the observations and judgment of the system. Only that information appears on the monitors of the system which its sensors get from the environment. [...] The system is continuously disturbed by its environment, and with its network of decisions, it virtually seeks disturbance to transform them into information (Ahlemeyer, 2001: 63).

Repositionnons, dans ce cadre théorique, notre analyse de la mise en forme des droits de la personne en tant que formule d'adaptation systémique. Dans ce contexte, les droits de la personne peuvent être décrits comme une sémantique du système de droit criminel par laquelle le système se réfère à l'environnement et «capte» certains stimulus qu'il considère comme pertinents du point de vue de son évolution. Ils seraient, pour ainsi dire, un «senseur» permettant au système de construire une représentation de l'environnement et de son évolution et de «recoder» certains événements (le «bruit» de l'environnement) en «information» pertinente pour l'auto-reproduction. Les droits de la personne peuvent être décrits, à cet égard, comme une structure interne qui facilite le «couplage structurel»¹⁶⁰ du

¹⁶⁰ Le concept de couplage structurel prétend répondre à la question de savoir comment se réalisent les rapports entre le système et l'environnement, une fois que, du point de vue de la théorie des systèmes, il n'y a pas de «vrais» contacts entre les deux. Le concept de couplage structurel permet de comprendre alors que, même si les opérations du système sont indépendantes des opérations de l'environnement, «certains événements communicationnels puissent relever simultanément des opérations de plusieurs sous-systèmes différents qui, dans ce cas, donnent origine à un *accouplement structurel*. Grâce à ce dernier, est atteint un degré significatif de congruence des opérations de chacun des sous-systèmes mais cela n'est possible qu'à la condition que chaque sous-système demeure réciproquement l'environnement des autres sous-systèmes et donc indépendant par rapport à eux» (Barbesino et Salvaggio, 1996: 79).

système à son environnement. Un couplage structurel s'observe dans le contexte que décrit ici Seidl :

A system is said to be structurally coupled to its environment (or to other systems in the environment) if its structures are in some way or other "adjusted" to the structures of the environment (or to systems in the environment); in other words, if the structures of the system allow for reaction to "important" environmental events (Seidl, 2005b: 23).

Nos résultats de recherche indiquent que les droits de la personne sont une de ces structures qui permettent au système de réagir aux événements qu'il sélectionne. De cette façon, le système s'«auto-adapte» à la complexité de son environnement, du moins à cette partie de la complexité qu'il aura lui-même sélectionnée comme lui paraissant plus particulièrement pertinente pour sa propre reproduction/évolution. Dans la gestion de ces relations d'interférence (qui n'impliquent aucune forme de détermination externe de l'interne) les droits de la personne semblent constituer des structures particulièrement adaptées pour «filtrer» les «irritants» de l'environnement.

Dans les sous-sections suivantes, nous allons traiter d'une série de thèmes étroitement reliés qui permettent d'investir cette description des droits de la personne. Nous avons tenté de rendre compte de certaines nuances et avons donc séparé, pour les fins de l'analyse, des formes qui concrètement n'interviennent pas de façon séparée dans le fonctionnement du système, mais tendent plutôt à se croiser, à agir simultanément.

4.2.2.1 Les droits de la personne comme formule de *raffinement des droits de la personne*

Nous allons explorer dans ce qui suit une forme spécifique de la formule générale «adaptation» où les droits de la personne seront représentés comme une référence mise à la disposition de ce que nos interviewés ont appelé le « raffinement » des premières formes de droits subjectifs et de garanties juridiques instituées dans la première modernité.

Dans ce cas de figure, les droits de la personne sont mobilisés dans le cadre de ses propres formes afin de les réévaluer, de leur donner une nouvelle intensité ou une nouvelle configuration. Le médium droits de la personne sert alors lui-même à la régénération du médium droits de la personne permettant d'aboutir, dans une optique de complexification interne, à la construction de nouvelles formes.

On observe par exemple ce cas de figure lorsque les acteurs judiciaires se réfèrent à la Charte et à la constitutionnalisation des droits de la personne pour déterminer la validité juridique du droit, notamment la validité juridique du droit criminel:

[JUGE #20] La cour a non seulement à juger du litige, mais elle est finalement devenue juge des lois pour voir si la loi rentre dans le cadre permis par la Charte.

[PROCUREUR #19] C'est que ça a permis aux tribunaux [la constitutionnalisation de la Charte] de prendre un certain recul et aux différents acteurs de l'administration de la justice également pour essayer d'évaluer les différentes règles, normes, pratiques qui régissent le droit pénal, pour essayer de leur trouver un dénominateur commun, pour essayer de les évaluer en fonction d'une grille d'analyse plus générale.

La Charte, comme «*paramount law*»¹⁶¹ (Pires et Garcia, 2007 : 312), crée une obligation (virtuelle) pour les autres lois de se conformer à ce que le système conçoit être les attentes de la Charte, sous peine d'être déclarées inconstitutionnelles (en cas de non respect). Les droits de la personne enchâssés dans cette Charte se présentent alors comme des outils d'auto-évaluation et d'auto-correction juridique des lois et principes du droit criminel : ils instituent un point de vue juridique sur la validité du droit. En cas d'invalidité, le droit peut être corrigé, amendé, adapté à ce qui est perçu et déclaré être les exigences juridiques hiérarchiquement supérieures.

Dans la communication du juge 28, ce contrôle qu'instituent les droits de la personne dans l'élaboration des lois et la détermination du droit par les tribunaux, favorise l'évolution du droit, le fait progresser:

¹⁶¹ Nous avons appliqué cette expression dans le travail mentionné au concept de Constitution, et nous la reprenons ici par rapport au concept de Charte.

[JUGE # 28] Tout ça fait partie de l'évolution. La Charte comme telle a légiféré, a statué des principes des droits de la personne qui existaient avant, mais une fois qu'ils deviennent partie de la Charte et que le législateur détermine que la Charte va avoir priorité sur toute autre loi, bien là, ça prend un élan, une évolution pas mal plus concrète. Et surtout quand vous avez des cours qui donnent une interprétation très large et très généreuse à certains principes dans la Charte, vous pouvez voir que ça donne un élan, une évolution très progressive qui font évoluer ces principes-là, donne un élan pas mal plus fort à ces principes-là. Et on l'a vu sur toute une série de principes suite à l'interprétation faite surtout par la Cour suprême du Canada. Ça fait avancer les principes qui étaient statués au sein de la Charte.

La constitutionnalisation des droits de la personne ne vient peut-être pas créer de nouveaux principes, mais elle leur donne une nouvelle force, un nouveau statut dans la hiérarchie des sources de droit. Devenues ainsi plus incontournables, les attentes des droits de la personne actualisées et consacrées dans la Charte ont transformé les pratiques. Les droits de la personne, en tant que ressources favorisant l'évolution, sont en effet décrits comme une formule «qui fait avancer» ou «progresser» les principes du droit criminel et les manières de faire en général. Dans la communication suivante, on évalue dans quelle mesure la revivification des droits de la personne, depuis la Charte, a transformé la pratique.

[JUGE # 5] Moi j'ai commencé à pratiquer le droit criminel en 1974. La charte date de 1982. Ce n'était pas du tout le même genre de pratique que ce qu'on fait maintenant. Ça n'avait rien à voir. [...] Des procès, ça se faisait sur l'admissibilité des déclarations. Aujourd'hui, des déclarations, on ne voit jamais ça. [...] Parce que maintenant, avec le droit à l'avocat, le droit au silence et tous les raffinements qu'on connaît, y a une espèce de présomption que si quelqu'un donne une déclaration incriminante, c'est parce que ses droits ne lui ont pas été expliqués ou il ne les a pas compris.

Dans ce cadre, la transformation de la pratique est redevable à un *raffinement* des droits de la personne *par* les droits de la personne. Certains droits comme le droit au silence et le droit à l'avocat, du fait qu'ils aient été judiciairisés et constitutionnalisés peuvent, dans les circonstances décrites, venir améliorer la qualité du droit criminel. L'évolution est ici associée aux développements des formes garantistes¹⁶² des droits de la personne du

¹⁶² Certains acteurs nous ont fait part de développements en sens contraire. Le juge 28 a mentionné un arrêt récent de la Cour suprême où le droit au silence est interprété d'une façon plus restreinte afin d'augmenter les pouvoirs des policiers de poursuivre des enquêtes. Dans ce cas, le droit au silence a évolué vers une forme moins garantiste pour l'accusé. Le procureur 9 fait le même constat :

justiciable. Mais soyons plus précise. L'évolution est en fait attribuable à la combinaison de facteurs intimement reliés : la constitutionnalisation de la Charte et de ses dispositions législatives, mais au-delà de cela, l'émergence d'un nouvel «esprit de la loi» qui transcende tout, modifiant les manières de penser et de faire la justice. À ce sujet, les propos suivants sont particulièrement éclairants : ils nous permettent de voir à la fois l'impact des dispositions de la Charte et celui de l'«esprit de la loi» qui l'accompagne.

[JUGE # 5] C'est omniprésent. Chaque fois qu'on tranche quelque chose, on le fait en ayant à l'esprit non seulement les dispositions de la Charte, mais les valeurs véhiculées par la Charte aussi. Ça colore à peu près tout, notamment des affaires aussi bêtes que, ou aussi simples que, d'accorder des ajournements. On sait que tout ça est lié au droit d'une défense pleine et entière, lequel droit a été constitutionnalisé etc. Mais là, on autorise beaucoup plus facilement des ajournements qu'on le faisait auparavant. Les pratiques se sont modifiées parce qu'on est finalement tous imbibés de l'esprit de la Charte.

.....
 Il y a tout l'axe de la dignité qui se développe, je dirais que c'est tout simplement le petit pas de plus qu'on a tendance à faire constamment dans l'interprétation des dispositions qui s'appliquent à nous comme pour ce qui a trait au délai de comparution. Juste pour vous donner un exemple, il y a un article du Code criminel (507) qui prévoit que toute personne arrêtée doit être conduite devant un juge le plus rapidement possible, ou dans un délai maximal de 24 heures, et s'il n'y a pas de juge présent, bon c'est reporté au jour suivant. Ça c'était le genre de dispositions qui étaient interprétées avec un certain laxisme; on se disait: « bon les gens qui sont arrêtés le vendredi soir, le samedi, le dimanche, il n'y a pas de juges qui siègent les fins de semaine, alors on les ramènera devant le juge lundi prochain, ça va faire quand même ». Cet article-là a été interprété graduellement comme créant des obligations pour les corps policiers de faire rapidement comparaître les gens devant les juges... c'est dans ce sens-là que les chartes de droit et les droits généraux influencent la pratique. C'est que les principes ou les articles sont interprétés maintenant plus à la lumière des valeurs véhiculées par les chartes et ça a conduit finalement à des modifications des pratiques.

[PROCUREUR #9] «Ce que je constate c'est qu'au début il y a eu une période d'effervescence extraordinaire avec des décisions où on empruntait vraiment des principes fondamentaux une interprétation très large, très vivante de la charte. Et ça, ça a été suivi par un mouvement de ressac, peut-être parce qu'on avait des juges différents, peut-être parce il y a eu une réaction de la population en disant: «Ben la charte prend trop de place, a trop d'importance, permet à trop de gens de s'en tirer». Là, on a eu une approche... ou peut-être parce que c'est un phénomène d'évolution naturelle et peut-être même les juges ont dit: «Ben on est allé trop loin, pis ça rend les enquêtes criminelles impraticables, ça rend les procès criminels impraticables, et là on assiste présentement dans les dernières décisions à des décisions qui sont très favorables à la police: la décision Hape, la décision Clayton, des décisions qui ont été rendues dans le dernier mois, sont des décisions favorables au corps policier».

Bon, c'est la même chose pour le droit à l'avocat, le droit, le droit au silence. Dès que je vois qu'un accusé veut dire quelque chose à son avocat en tirant sur son veston ou quelque chose comme ça, je vais offrir une suspension d'audience pour pas que l'accusé soit brimé dans sa possibilité de communiquer avec son procureur.

À partir des considérations dont vient de nous faire part le juge 5, ce qu'on remarque c'est que même si certaines protections de la Charte étaient bien avant elle reconnues dans le droit criminel positif canadien, leur constitutionnalisation n'est pas qu'une simple réitération mieux hiérarchisée d'une vieille valeur, c'est surtout un réinvestissement du sens des droits de la personne plus anciens par les droits de la personne revivifiés. Reprenons l'exemple du droit à l'avocat que nous suggérait le juge 5. Ce droit pourrait être vu comme étant respecté du simple fait que l'accusé ait eu droit à un avocat. Aucune autre condition ne devrait alors être remplie. Or, le retour au médium droits de la personne pour repréciser la forme «droit à l'avocat» fera en sorte aujourd'hui d'augmenter le contenu interne de ce droit. La forme interne se complexifie pour comprendre maintenant le «droit de parler à son avocat en tout moment». À partir de ce moment, de nouveaux événements et des nouvelles communications vont pouvoir être attachés au médium «droit à l'avocat». Par un retour au médium, la qualité dudit droit se transforme et les références internes à ce droit augmentent en termes d'occurrence. C'est dans ce sens que nous pouvons conceptualiser les droits de la personne comme formule de renouvellement ou d'évolution des droits et principes du droit criminel : ils accomplissent (i) la régénération du médium (par le renouvellement des formes) et (ii) le raffinement des principes par infiltration et juxtaposition.

L'ensemble des communications sur les transformations/adaptations relevant d'un raffinement du droit criminel coexiste avec des communications où ces transformations sont moins célébrées. On considère alors que, du haut de la hiérarchie, le poids que représente sur les structures du système de droit criminel le nouvel élan «humaniste» est parfois considéré comme excessif. Les propos du procureur 19 en témoignent.

[PROCUREUR #19] Je pourrais donner d'autres exemples à d'autres égards, des excès que certains pourraient qualifier d'excès du respect des droits de la personne ou de

l'injection des droits de la personne dans le système d'administration de la justice pénale mais la divulgation [de la preuve]¹⁶³ en est un.

Cette communication est apparue à plusieurs reprises dans notre matériel empirique. Si on la généralise, c'est l'idée que les droits de la personne peuvent parfois mettre des «bâtons dans les roues» du processus judiciaire en général et plus spécialement dans le domaine de l'enquête policière. En effet, les procureurs ont mentionné à plusieurs reprises comment l'«injection» des droits de la personne dans le système a obligé à une révision globale des modes d'enquête. C'est surtout dans ce domaine que l'élan des droits de la personne semble avoir été le plus ressenti. Dans cette conception, les droits de la personne sont moins une formule d'adaptation que la cause d'une « mésadaptation » compromettant l'efficacité du système.

4.2.2.2 Droits de la personne comme formule de *réflexivité juridico-morale*

À plusieurs reprises au cours de notre recherche, et sous différentes formes, les acteurs judiciaires ont exprimé l'importance de maintenir l'harmonie ou l'adéquation entre les orientations cognitives et normatives du système de droit criminel et ce qu'on pourrait appeler la «morale» de la société ou encore, dans des termes plus durkheimiens, les «états forts de la conscience collective», dont font partie les droits de la personne. Il s'agit d'une tendance communicationnelle que nous pouvons décrire comme une «routine cognitive».

Dans *R. c. Salituro*, il est établi que :

S'il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines, les juges peuvent et doivent modifier peu à peu la *common law* de façon à l'adapter aux changements sociaux lorsqu'il est opportun de le faire¹⁶⁴.

¹⁶³ Le procureur parle de l'obligation qu'ont les procureurs de divulguer, et dans les plus brefs délais, tout élément qui puisse être considéré comme pertinent eu égard au droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

¹⁶⁴ *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 2.

D'un point de vue sociologique, la question qui nous intéresse ici est celle d'observer comment les droits de la personne, reflétant du point de vue du système une certaine «moralité sociale», peuvent servir de point d'attache entre le système et son environnement.

En référence aux droits de la personne, le système se représente ce qui est valorisé dans son environnement sur le plan moral, c'est-à-dire les «valeurs valorisées». Il va de soi que le fruit de cette opération est toujours la construction d'une «représentation d'usage» de la moralité sociale, c'est-à-dire une fiction permettant au système de se concevoir comme étant et devant être lié à ce qui vaut dans son environnement¹⁶⁵. C'est vrai en matière de droit criminel, mais c'est vrai aussi dans le cadre plus général du système juridique. Illustrons cette idée par l'empirie :

[JUGE #21] Ce que l'on gère aujourd'hui, à la lumière de la Charte, est très différent probablement de ce que nous allons avoir à gérer dans 100, 200, 300 ans. Alors cette évolution de la société va créer de nouveaux problèmes et les droits de l'homme vont jouer nécessairement dans l'évaluation, l'interprétation, les limites, les paramètres. Oui, c'est sûr, c'est une question d'évolution sociale.

[JUGE #28] Les grandes questions, souvent le législateur ne veut pas ou ne peut pas trancher par voie de législation ces questions-là...il n'y a pas assez d'unanimité au sein de la communauté. Et alors l'initiative, à cause de la Charte et l'interprétation des juges, est prise par les juges. Ce sont les juges, la cour, les tribunaux, qui ont pris l'initiative sur toutes ces grandes questions-là, les questions difficiles, que ce soit les questions de la peine capitale, que ce soit les questions d'avortement, que ce soit des questions pour des mariages de même sexe, toutes ces questions-là. Ça devrait être le rôle du législateur, mais quand le législateur n'est pas prêt à prendre une décision, alors là, souvent, pour l'évolution de notre communauté, c'est là que la Charte a joué un rôle si primordial.

[JUGE #26] Les gens mécontents s'adressent beaucoup aux tribunaux et à quelque part, j'ai l'impression qu'on est un tremplin pour faire changer les lois, probablement en vertu, à cause de la Charte.

Comme nous l'avons mentionné plutôt, il est possible que la moralité du système et la représentation que le système a de la moralité de son environnement ne coïncident pas point par point.

¹⁶⁵ Ne perdons pas de vue que «le traitement de l'environnement par le système n'advient que comme opération du système dans le système» (Barbesino et Salvaggio, 1996 : 72).

Les droits de la personne apparaissent comme une ressource *interne*—nous n'excluons pas la possibilité que d'autres éléments du système puissent jouer ce rôle—qui crée la possibilité de reconstruire, dans le système, la complexité de l'environnement (société) à l'intérieur du code *conforme à la morale sociale/non conforme à la morale sociale*. Le code sert alors de référence pour décider de questions sociales complexes, comme celle du mariage entre personnes du même sexe, ou plus spécifiquement en matière de droit criminel, celle de l'avortement, celle de l'homosexualité (à travers, jadis, la notion de grossière indécence), celle de l'euthanasie, celle de la consommation de cannabis, etc. En matière de droit criminel, c'est la sémantique des droits de la personne qui semble ici fournir les critères pour débattre de la possibilité de changer la sélection communicationnelle actualisée (criminalisation) pour une sélection alternative (décriminalisation). On peut donc dire que d'une certaine manière deux codes interagissent sur la communication : d'abord le code *légal/illégal* à travers lequel le système détermine ses communications quant aux comportements criminalisés et non criminalisés, ensuite, sur les sélections réalisées à partir du code *légal/illégal*, le code *conforme à la morale sociale/non conforme à la morale sociale* vient se superposer pour évaluer réflexivement la qualité ou la pertinence des premières déterminations de sens. Est-il conforme ou non conforme à la morale sociale de criminaliser la prostitution, la consommation de cannabis, l'euthanasie, etc.? Est-il conforme ou non conforme à la morale sociale de ne pas criminaliser la bagarre au hockey? Est-ce encore conforme ou non conforme à la morale sociale le choix d'avoir décriminalisé l'homosexualité? La réflexivité continue que permet ce codage secondaire du code *conforme à la morale sociale/non conforme à la morale sociale* sur le code primaire *légal/illégal* permet au droit criminel d'être en harmonie avec ce qu'il conçoit être à un moment donné les «états forts de la conscience collective». La référence aux droits de la personne permet au système d'investir son code secondaire, de le rendre signifiant pour ses opérations de réflexion. La représentation que le système peut se faire de ce que sont les attentes des droits de la personne détermine—du moins en partie—le sens de son code *conforme à la morale sociale/non conforme à la morale sociale*.

Les droits de la personne sont donc ici représentés comme une source d'inspiration, un ensemble de valeurs qui trace la voie à suivre. Ils guident la prise de décisions et instituent les balises dans les façons de faire, en vertu d'une conception du «bien». Les droits de la

personne semblent fonctionner ici comme une utopie directrice, comme un horizon interne qui structure et indique le cadre à l'intérieur duquel le système peut opérer. Les propos du juge 5 reflètent cette idée :

[JUGE #5] Les droits de la personne ont déjà fait beaucoup et ils doivent continuer à être omniprésents au niveau de la culture ambiante [du système], au niveau de la façon d'aborder le droit criminel. [...] C'est comme une espèce de phare qui transcende, qui t'indique la voie à suivre. Plutôt des balises qu'un phare, parce que le phare ne t'indique pas la voie à suivre, il t'indique qu'il faut passer à côté si tu ne veux pas avoir un accident, mais la balise te dit à l'intérieur de où tu dois passer. C'est plutôt comme ça que je vois ça.

On peut ici les concevoir dans les termes de Bal, comme des «substantive moral guidelines for legitimate decision making» (Bal, 1994: 76).

En guise de conclusion de cette section sur l'observation des diverses mises en forme des droits de la personne en matière de justice pénale, nos résultats de recherche ont montré comment les droits de la personne peuvent se concevoir comme des ressources à la fois cognitives et normatives (Neves, 2007; Luhmann, 2001b; Gauchet, 2002 : 347) agissant dans le fonctionnement interne du droit criminel de même que dans la détermination de son rapport à l'environnement.

En tant que ressources cognitives, les droits de la personne peuvent être vus comme instituant un schéma d'observation permettant à un système social de tracer/projeter des distinctions sur une réalité qui n'est pas *a priori distinguée*¹⁶⁶. En traçant/projetant sur elle des distinctions, la «réalité» (du système qui construit) devient communicable en tant que construction sociale. Dans ce processus, les droits de la personne, en tant que «distinction qui distingue», se présentent comme des ressources mises à la disposition de la connaissance systémique. En ce sens, on pourra dire avec Neves que «human rights contribute to the transformation of unstructured complexity into structured complexity» (Neves, 2007 : 416).

¹⁶⁶ Pour Luhmann, «Cognition projects distinctions into a reality that does not know of any distinctions» (1988a : 255).

Les distinctions peuvent être ainsi projetées sur l'environnement, mais elles peuvent également être réfléchies sur le système lui-même, sur ses structures et modes de fonctionnement. Ce qui fait le lien avec les droits de la personne en tant que ressources normatives. Dans l'auto-réflexion, les distinctions tracées en référence aux droits de la personne peuvent favoriser des processus internes de réflexivité ou de remise en question. Lorsque leur sémantique est investie théoriquement par le système qui s'y réfère, elle peut alors servir de support à la construction de nouveaux idéaux, de nouveaux «devoirs-être» pour l'auto-reproduction systémique. Par exemple, si une réflexivité organisée autour des fondements du droit de punir peut nous amener à questionner la place centrale accordée à la souffrance, et si toutes les théories de la peine la perçoivent d'un bon oeil, les droits de la personne peuvent alors projeter d'autres distinctions, favoriser un processus d'apprentissage systémique alternatif et participer au développement d'un tout autre idéal normatif. Dans cette dimension, les droits de la personne fixent des positions et des valeurs de façon plus ou moins rigide et pouvant, selon le cas, servir de références normatives dans la réflexion et la prise de décisions.

Nos observations empiriques nous ont par ailleurs permis d'amener à un autre niveau de complexité notre compréhension/observation des diverses mises en forme (réceptions) du médium « droits de la personne » dans le droit criminel. Le tableau ci-dessous permet de cartographier les mises en forme observées¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Insistons sur le fait qu'il s'agit ici des formes que nous avons pu observer dans notre matériel empirique; elles ne prétendent représenter ni toutes les formes existantes ni toutes celles virtuellement possibles.

Tableau 4.1
Les formes du médium «droits de la personne» dans le système de droit criminel

	Formule de <i>protection</i>	Formule d' <i>adaptation</i> et/ou d' <i>évolution</i>
Les formes du médium droits de la personne dans le système de droit criminel	<ul style="list-style-type: none"> • du justiciable • de la victime • des intérêts des mouvements sociaux • des valeurs fondamentales de la société 	<ul style="list-style-type: none"> • raffinement des droits de la personne par les droits de la personne • réflexivité juridico-morale

Enfin, de façon générale à travers cette analyse et au-delà des différentes mises en forme des droits de la personne, on aura pu remarquer—sans pouvoir problématiser davantage dans le cadre de cette section—sur le plan de la réception, une «hypervalorisation» des droits de la personne en relation avec les normes de procédure (au sens large) et une dévalorisation (quasi-absence de référence) en relation aux normes de sanction. Ce constat nous amène à isoler ce problème pour analyser, dans ce qui va suivre, la localisation différentielle des droits de la personne dans les structures du système de droit criminel.

4.3 La *localisation* différenciée des droits de la personne

Notre objectif dans cette section est celui de présenter la façon par laquelle la communication sur les droits de la personne se départage entre les normes de comportement, les normes de procédure et les normes de sanction. Plus précisément, nous voulons répondre, en nous appuyant sur l'empirie, aux questions suivantes : y a-t-il des espaces internes du système de droit criminel auxquels les droits de la personne sont plus «attachés»? Quels sont ces espaces vers lesquels l'attention des acteurs judiciaires semble se tourner plus

«spontanément» lorsqu'ils sont amenés à réfléchir sur la réception des droits de la personne dans le système de droit criminel? Y a-t-il des automatismes et des «routines cognitives» dans les liens qui sont ressortis? Peut-on observer des «habitudes de pensée» créatrices ou constructrices des droits de la personne en raison de leur déploiement dans différentes sphères?

Cartuyvels considère que, traditionnellement, les droits de la personne ont touché aux trois domaines que nous avons sélectionnés pour cette analyse : normes de sanction, normes de procédure et normes de comportement. Dans les mots de l'auteur :

Historiquement, on peut dire que depuis la fin du XVIII^e siècle, les droits de l'homme ont servi de "bouclier" contre les excès du droit pénal, "en limitant son intervention à un triple point de vue : normatif, en excluant ou en restreignant toute forme d'incrimination portant atteinte aux droits de l'homme; sanctionneur, en proscrivant toute forme de peine inhumaine et dégradante incompatible avec le respect fondamental de la dignité humaine; procédural, enfin, en exigeant un ensemble de garanties liées au droit de l'inculpé à un procès équitable (2007 : 23).

En théorie, nous pouvons dire comme Cartuyvels que les droits de la personne ont le potentiel de pénétrer tous les espaces et structures du système de droit criminel. Par ailleurs, les acteurs judiciaires ont aussi considéré, de façon assez générale, que les droits de la personne ont envahi et imprégné «tout le droit criminel», un impact de ces droits reconnu dans cette communication :

[JUGE # 20] En droit criminel, les questions des droits de la personne se posent à tous les niveaux. Alors, vous avez le niveau du procès lui-même et tout le fonctionnement du système judiciaire pénal à partir de l'enquête policière jusqu'à la condamnation et puis évidemment de la peine qui est imposée, la sentence, les conditions de détention ou de maintien de la privation de la liberté. Et au niveau du droit lui-même, pour les infractions qui sont prévues, il pouvait arriver qu'une infraction ne cadre pas avec les exigences de la Charte ou du moins... plus souvent qu'autrement il s'agissait surtout de comprendre ou d'interpréter les dispositions du Code criminel, en particulier les moyens de défense, par exemple. Parce que d'une part, il y a l'accusation et d'autre part, il y a des moyens de défense à l'accusation. [Il fallait s'assurer] que ces différents éléments étaient conformes aux valeurs de la Charte des grandes libertés, aux éléments de l'intégrité de la personne, de la dignité humaine...

En théorie, certes nous pouvons reconnaître que les droits de la personne *peuvent* pénétrer tous les champs du système de droit criminel, mais il semble y en avoir certains qui leur sont plus ouverts, plus «hospitaliers» que d'autres. L'hypothèse que nous avons voulu tester empiriquement et approfondir théoriquement est ici la suivante : c'est surtout dans le domaine de la procédure que les droits de la personne ont fonctionné en tant que «formule de protection». Ils ont marqué davantage les structures situées à l'entrée du processus judiciaire (enquête et procédure au sens strict) que celles situées à la sortie (détermination de la peine).

Nous allons procéder en observant ce qui se passe au niveau empirique dans chaque zone de normativité, en commençant par l'analyse de l'impact des droits de la personne dans la zone des normes d'incrimination (4.3.1), laquelle sera suivie de l'analyse de l'impact des droits de la personne dans la zone des normes de procédure (4.3.2), suivie finalement de l'analyse de l'impact des droits de la personne dans la zone des normes de sanction (4.3.3).

4.3.1 L'impact «erratique» des droits de la personne sur les normes d'incrimination

Dans le domaine des normes d'incrimination, les droits de la personne peuvent être mobilisés pour soutenir deux mouvements mutuellement exclusifs: un mouvement de criminalisation et un mouvement de décriminalisation (ou de non criminalisation). Ces mouvements traduisent cette tendance du système de droit criminel à «osciller entre des sphères de tolérance sans cesse accrues et des bouffées d'injonctions répressives» (Salas, 2005 : 227).

Les communications du système nous ont permis de saisir empiriquement le moyen par lequel les droits de la personne peuvent jouer le rôle de ressource cognitive d'appui à la construction de nouvelles infractions. Quand les droits de la personne sont à l'origine des mouvements de criminalisation, ils prennent la forme de «mécanismes de dévoilement», ils sont vus comme étant ce qui permet de découvrir des nouvelles atteintes à la dignité devant faire l'objet d'une protection pénale. Dans cette forme les droits de la personne motivent l'extension du nombre de situations qui doivent faire l'objet de leur protection dans l'univers

du droit criminel – ils activent, en ce sens, le droit criminel. Voici un exemple de cet effet des droits de la personne dans les normes d’incrimination:

[JUGE # 1] Peut être que l’homophobie va devenir un acte criminel dans quelque temps, je ne sais pas, pour l’instant ça ne l’est pas, mais c’est justement les droits de la personne qui vont l’avoir fait évoluer.

.....

Alors, je suis convaincue que les droits de la personne vont continuer à cheminer et vont faire en sorte qu’on va humaniser de plus en plus le système, faire en sorte qu’on [va considérer de plus en plus important] de protéger [tout le monde]. Jadis, il y avait juste la veuve et l’orphelin. Là, on a la veuve, l’orphelin, l’homosexuel, l’handicapé, le bon, C’est pas fini...je suis certaine que les droits de la personne sont là pour continuer à jouer un rôle très important et à donner plus de lumière sur tout ce qui était caché jadis, et tout ce qui était ostracisé, tout ce qu’on ne dévoilait pas...

Humaniser ici, dans le domaine des incriminations, est donc synonyme de dévoiler, de démasquer et de livrer au grand jour les atteintes à la dignité humaine qui ont jusque-là été négligées. Humaniser veut dire créer des nouvelles incriminations, pénaliser les atteintes à la dignité et aux droits de la personne.

On se réfèrera aussi à la sémantique des droits de la personne comme support cognitif pouvant entraîner des mouvements de décriminalisation ou d’invalidation constitutionnelle. Les exemples de cas de l’homosexualité et de l’avortement sont donnés en exemple :

[PROCUREUR #17] Quand la Charte a été adoptée, c’était visiblement et clairement pour éviter la mainmise de l’État sur la vie personnelle des individus. On a décriminalisé les relations homosexuelles, on a rendu inconstitutionnel l’avortement. Tout ça c’est correct, c’est bien, bien légitime.

En faisant intervenir ici la Charte, le locuteur nous indique l’influence des droits de la personne, dans la zone plus spécifique des normes d’incrimination, du codage secondaire, dont nous avons parlé plus haut, conforme/non conforme à la morale sociale. L’impact des droits de la personne dans cette zone normative permet de «faire du ménage» dans la liste des crimes.

C'est la «fabrication des incriminations» même qui se trouve transformée, du fait que le législateur doit anticiper l'interprétation des lois que pourront faire les tribunaux eu égard à leur compatibilité avec les droits de la personne judiciarisés. La Charte est définie dans ce contexte comme un véhicule de protection des droits de la personne, par les contraintes qu'elle impose au législateur l'obligeant ou l'incitant à prendre en considération les droits individuels lorsqu'il s'agit de modifier le Code criminel. Le procureur 11 attire l'attention sur cette réalité :

[PROCUREUR #11] Quand le législateur, fédéral par exemple, veut modifier le code criminel, automatiquement ce qui vient à l'esprit des gens, on les appelait les gens du septième étage à l'époque, mais maintenant ce n'est plus des gens du septième étage mais les gens du ministère, qui sont finalement les légistes, ils pensent «droits de la personne». On va ajouter un article dans le code criminel, on veut modifier un article dans le code criminel, on veut amender un article du code criminel, on pense droits de la personne. Est-ce que ça touche à tel droit, tel droit, tel droit, est-ce que ça touche à tel droit ? On regarde la Charte, on regarde les droits de la personne... Est-ce que ça touche aux droits de la personne ? Est-ce que ça limite trop la liberté de quelqu'un ? Vie, liberté, sécurité de la personne, etc. Les droits.

Dans un contexte où «the legislature no longer has supremacy when defining offences and it must now respect constitutional standards» (Roach, 2008: 756), la Charte octroie au juge le pouvoir d'invalider une loi criminelle. La Charte, de fait, devient un instrument de protection en ce que les acteurs doivent tenir compte de ses attentes, notamment en matière d'incrimination. Elle oblige le législateur à «anticiper» les problèmes que les atteintes aux droits individuels peuvent soulever dans un contexte judiciaire. Ici, les droits de la personne jouent un rôle virtuel et indirect par les effets sur la création des lois criminelles par le législateur.

Ce qu'on observe ici, à partir des cas cités, c'est que les droits de la personne ne fournissent pas une orientation claire et univoque en matière de normes de comportement. C'est le système qui agit, c'est lui qui, en référence à ce qu'il considère être les attentes normatives des droits de la personne, détermine les sélections, sélections qui en l'espèce peuvent effectivement aller dans «toutes les directions», comme le fera remarquer à juste titre le juge 3 :

[JUGE #3] Oui. Ça évolue, Ça évolue. Ça suit les tendances de la société. Ce n'est pas « encarcané ». Il y a des choses des fois qui étaient considérées comme inacceptables, pis ça le devient peut-être avec le temps. Ou que c'était acceptable, pis là ça devient inacceptable. Ça évolue dans toutes les directions.

Hormis certains cas exceptionnels où les tribunaux ont déclaré « inconstitutionnelle » une norme d'incrimination, l'impact de la Charte sur les comportements criminalisés paraît négligeable. C'est ce que nous retirons de cet extrait de notre entretien avec le procureur 9 :

[PROCUREUR #9] La Charte a eu très peu d'incidence dans la définition, dans la portée des infractions. Est-ce qu'une infraction devrait être libellée autrement à cause de la charte, à cause du principe de modération, à cause du principe du droit à la liberté, à cause du droit de la sécurité de la personne, à cause du droit à, à l'exercice de choix personnels? Très peu d'incidence!

À la question d'Hiebert à savoir « how is the new constitutional paradigm adopted in 1982 influencing the behaviour and assumptions of reform-motivated individuals and groups, courts, and representative institutions? » (Hiebert, 2002 : 209), nous répondrons en référence à notre empirie, que sur le plan des normes de comportement, la direction offerte par les droits de la personne semble « erratique », imprévisible, et peut supporter, *selon l'orientation du système*, autant les mouvements de criminalisation que les mouvements de décriminalisation.

Dans son hypothèse de la non-évolution identitaire du droit criminel, Pires soutient l'argument selon lequel les modifications apportées aux normes de comportement sont théoriquement pensées comme étant « sans doute très importantes, mais elles sont aussi largement insuffisantes, voire non nécessaires pour caractériser l'évolution de régime (ou qualitative) du droit pénal » (Pires, 2002 : 91). Les changements opérés au niveau du droit pénal substantif peuvent avoir des implications majeures sur le plan humain et social (notamment), mais ils ne sont pas considérés comme théoriquement significatifs *du point de vue de l'évolution identitaire du système de droit criminel*. On peut élargir et rétrécir le filet du droit criminel en matière d'infractions, mais d'aucune manière peut-on concevoir que ce type de changements puisse *en soi* modifier les manières de penser et de faire du droit criminel moderne. Pour Pires, les champs normatifs plus significatifs dans cette perspective

d'évolution identitaire du droit criminel concernent le champ des normes de sanction et celui des procédures.

Dans l'hypothèse de Pires, ces deux champs normatifs représentent une zone névralgique pour penser le dépassement des formes juridico-pénales modernes. Cette hypothèse a été construite en considérant historiquement le passage du droit criminel de l'Ancien Régime à la forme juridico-pénale actuelle, proprement moderne. Dans ce cadre, en considérant ce sur quoi les observateurs du droit criminel ont pu insister pour qualifier les changements de l'époque de changement de régime ou de changement de palier en matière de justice pénale, il s'avère que ce à quoi on se réfère surtout pour appuyer cette qualification, ce sont les normes de procédure et les normes de sanction. Ce sont ces zones de normativité systémique qui se retrouvent au cœur même des débats et des préoccupations, au cœur des projets de réforme. Ce sont ces zones de normativité qui connaissent à l'époque les changements les plus significatifs sur le plan opérationnel et cognitif. Foucault insiste: en matière de normes de sanctions, on passe alors «d'un art des sensations insupportables à une économie des droits suspendus» (1975 : 18); en ce qui concerne les normes de procédure, on assiste, entre autres choses, à l'abandon des procédures secrètes en faveur de procédures publiques, à la disparition progressive de la torture et à la construction de nouvelles garanties juridiques.

Cette hypothèse de Pires nous invite donc à rediriger maintenant notre attention, sur le plan de l'analyse, sur les normes de procédure et de sanction. Les développements qui suivent traitent—dans l'ordre—de ces deux espaces de normativité juridico-pénale.

4.3.2 La procédure : «habitat naturel» des droits de la personne dans le système de droit criminel

Lorsque nous avons invité nos acteurs à réfléchir sur les droits de la personne, spontanément, les associations aux normes de procédures se sont multipliées. Cette tendance communicationnelle peut être décrite comme une «routine cognitive» forte, sans cesse réactualisée. Le propos du juge 5 à ce sujet illustre dans quel type de forme la routine s'est installée :

[JUGE # 5] Ça dépend ce qu'on entend par droits de la personne mais moi je fais une adéquation, pour moi, pour les fins de la discussion, c'est les droits garantis par les chartes, notamment quand on fait des procès dans notre pratique, ce sont les droits judiciaires: donc, le droit à l'avocat, le droit au silence, le droit à une défense pleine et entière, bon, le droit à un procès équitable par un tribunal indépendant qui ne soit pas préjugé. Ça ce sont tous des droits judiciaires fondamentaux.

Dans cette communication, les droits de la personne sont définis comme les droits judiciaires fondamentaux typiques du garantisme pénal classique: ces droits dont la mission première est celle de protéger l'accusé et de garantir que les conditions de «participation», de son inclusion, soient *équitable*s et *justes* (du point de vue du système).

Notons au passage que dans cette énumération spontanée où on nous dit qu'apparaissent «tous les droits judiciaires fondamentaux», aucune référence n'est faite aux normes de sanction ou à la protection du justiciable contre les forces afflictives et génératrices d'exclusion sociale du système. Pourtant, ces protections existent, elles apparaissent dans la liste des droits fondamentaux protégés: on peut ici faire référence aux protections contre les peines cruelles et inusitées, le droit à la liberté ou à la sécurité de sa personne, le principe du dernier recours en ce qui concerne la peine de prison, etc.

Notons par ailleurs, que dans l'énumération des droits «procéduraux» qu'actualise le juge 5, un ordre est donné, les références sont organisées suivant l'ordre chronologique de l'intervention dans la procédure pénale. Tout se présente comme si logiquement, les droits sont mis en relation les uns avec les autres (droit à l'avocat, droit au silence, droit à une défense, droit à un procès équitable et à un juge impartial). Si on suit cette logique, il y aurait encore le prononcé du verdict et le cas échéant, la détermination de la peine. L'énumération s'arrête pourtant au procès.

Fait tout aussi intéressant qu'étonnant: le juge 5 va reprendre sa propre énumération, mais en abandonnant cette fois le principe d'ordre donné par le déploiement chronologique de la procédure et en mettant à profit un principe d'ordre hiérarchique donné par l'importance qu'il accorde à chacun des droits mentionnés. Là non plus, la référence aux normes de sanction n'apparaît pas.

[JUGE #5] Je dirais que dans la culture [des droits de la personne], numéro 1, c'est la présomption d'innocence. Deuxièmement, c'est le droit à une défense pleine et entière. Troisièmement, c'est le fardeau... peut-être que je devrais dire le fardeau de la preuve qui incombe à la couronne découlant de la présomption d'innocence. Le droit à l'avocat et, donc, à un avocat qui peut travailler de façon efficace en ayant accès à tout ce à quoi il doit avoir accès; etc.

Les deux derniers extraits du juge 5 viennent, à leur manière, deux fois plutôt qu'une, appuyer les deux aspects de notre hypothèse selon laquelle on peut observer, d'abord, l'«hypervalorisation» des droits de la personne dans le domaine de la procédure; ensuite, on observe également que la possibilité de valoriser ces droits sur le plan de la détermination de la peine, elle, demeure facilement dans l'angle mort de l'observateur. Les deux extraits suivants témoignent davantage de cette hypothèse:

[PROCUREUR #11] Dans la mise en application du code criminel, maintenant, ou des principes de droit criminel, oui, on pense toujours en fonction de la Charte. Donc il y a des tendances, actuellement, dans l'application du code criminel qui seraient la suivante: dans l'utilisation du droit criminel, surtout de la procédure criminelle, c'est-à-dire tout ce qui touche à la liberté et la sécurité de la personne, dans les perquisitions, l'écoute électronique, l'arrestation, la détention, l'obtention de preuves, enfin tout ce qui s'appelle l'enquête criminelle, l'enquête pénale, ce que l'on ne faisait pas il y a trente ans, on le fait aujourd'hui. C'est-à-dire que maintenant, les procureurs sont plus sensibilisés à ça, travaillent de plus en plus de concert avec le monde de l'enquête, le monde policier entre autres. Et ça c'est une tendance nouvelle, grâce aux droits de la personne, ou à cause des droits de la personne.

[PROCUREUR #24] Et de façon plus concrète, le droit criminel doit fonctionner en essayant d'atteindre ses buts tout en respectant les droits inaliénables de la Charte des droits de la personne, de ne pas être détenu¹⁶⁸ de façon autre que selon les règles et la loi qui est acceptable, ne pas être fouillé, de ne pas être questionné par la police sans avoir eu ses droits, etc. D'avoir le droit à l'assistance d'un avocat, d'avoir le droit au silence. Ce sont des droits constitutionnellement reconnus.

Non seulement toutes ces observations renforcent-elles l'hypothèse que nous avons choisi de tester dans cette section 4.3 de ce chapitre analytique, mais montrent par ailleurs toute la pertinence de la réflexion qui sera menée dans le chapitre analytique suivant en ce qui a trait aux obstacles cognitifs qui nous empêchent de voir—dans une formulation qui se

¹⁶⁸ On fait ici référence à la détention préventive et non à la peine privative de liberté.

voudrait typiquement luhmannienne—non seulement ce qu'on ne voit pas, mais qui nous empêche surtout de voir qu'on ne voit pas qu'on ne voit pas ce qu'on ne voit pas.

Revenons pour le moment à ce que nous observons dans le domaine spécifique des procédures en relation avec la sémantique des droits de la personne. Dans le domaine de la procédure, contrairement à ce qu'on a pu observer dans le domaine des normes d'incrimination, la pensée des droits de la personne semble fournir une orientation normative et cognitive claire, allant dans le sens d'une protection des droits de la défense, des droits du justiciable. Ils structurent et encadrent le duel judiciaire, ils fournissent les règles qui font en sorte que les personnes accusées puissent se protéger contre des abus de pouvoir potentiels, ils permettent ultimement au système de reconnaître la légitimité de sa procédure et d'assurer la «légitimation [de la décision] par la procédure» (Luhmann, 2001a). On pourrait ainsi parler de la procédure comme l'«habitat naturel» des droits de la personne dans le système de droit criminel.

S'il ne fait pas de doute que les droits de la personne aient pu jouer et continuent de jouer leur rôle garantiste dans le domaine de la procédure pénale, il n'est pas impossible, à partir de notre empirie, d'imaginer des reculs possibles à cet égard. En effet, les acteurs ont à maintes reprises mentionné l'effet pervers créé par un excès de garantisme procédural qui, à leur avis, vient compromettre le bon déroulement du processus, notamment sur la possibilité de mener à terme les enquêtes¹⁶⁹. Les formes qui mettent des «bâtons dans les roues», et dont nous avons parlé plus haut, refont surface. Deux extraits suffiront pour illustrer ce type de communication :

[JUGE # 6] Écoutez, je pense qu'il faudrait refaire l'histoire de la Charte. Depuis 20 ou 25 ans, la Charte a eu un impact, je pense, assez net sur les pratiques policières et les pratiques d'enquête en ce sens qu'elle a développé et élargi les droits de la défense, consolidé les droits de la défense et en même temps créé des complexités additionnelles dans le système de justice pénale. Il y a beaucoup—et c'est une tendance à l'heure actuelle—un regard de plus en plus critique, je pense, même à l'intérieur du système de

¹⁶⁹ À cet effet, certains acteurs ont notamment salué les récentes décisions de la Cour suprême qui selon eux, auraient «rétabli un certain équilibre» en favorisant les intérêts de la poursuite (pouvoirs des policiers) et en limitant la portée de certaines garanties en ce qui a trait, par exemple, au droit au silence.

justice, chez les acteurs (avocats, juges, procureurs de la couronne) [de l'impact de la Charte] sur l'efficacité du système de justice pénale, sur la façon dont l'utilisation, des garanties des droits de l'homme s'est faite comme instrument procédural, comme pur instrument procédural pour prolonger, compliquer, faire durer les procès criminels.

[PROCUREUR # 17] Là on est rendu à l'autre bout du balancier où on exclut la preuve matérielle que le criminel avait dans son véhicule parce qu'on n'a pas respecté la Charte. Alors le «mosus» de balancier là, si je mets la main dessus, je le visse dans le milieu.

L'étendue de ce qui est ou non couvert en ce qui a trait à la protection individuelle sous le chapeau des droits de la personne n'est jamais fixée, elle évolue, s'élargit ou se rétrécit, avec les aléas de l'empirie. En ce sens, même si la valorisation des droits de la personne dans le domaine de la procédure peut paraître stabilisée, institutionnalisée, dépendamment du contexte¹⁷⁰, mais surtout des options privilégiées par le système, les formes d'institutionnalisation, pour reprendre les distinctions de Dubé, (2008), pourront varier entre « institutionnalisation forte » et « institutionnalisation faible ».

4.3.3 Droits de la personne et normes de sanction : une rencontre manquée?

Face au droit de punir de l'État, on pourrait s'attendre à ce que les droits de la personne «play a substantive part in the justification and execution of criminal punishment» (Bal, 1994 : 90). Nous pourrions même aller plus loin et s'attendre à ce que les droits de la personne jouent un rôle important dans la conception même des peines et modes d'intervention dans le système de droit criminel. Les garanties juridiques ont été instituées pour limiter les excès du pouvoir face au droit de punir et, comme le mentionne Salas, le recours à un juge est censé garantir «que la peine est pondérée par les droits», la «vocation la plus aboutie», pour cet auteur, du droit pénal moderne (Salas, 2005 : 224-225).

Comme nous allons le voir ici, à travers notre empirie, il y aurait actuellement à l'oeuvre un genre d'aveuglement systémique par rapport au potentiel transformateur des droits de la

¹⁷⁰ Par exemple, dans un contexte qui nous est récemment devenu familier, où la menace du terrorisme est construite comme réelle et imminente, il semble y avoir une fragilisation des droits de la personne sur le plan de la procédure. Plusieurs raisons de ce type peuvent venir «irriter» le système des garanties procédurales.

personne en ce qui concerne la conception des sanctions et des modes d'intervention du droit pénal. Cet angle mort ne concerne pas uniquement les acteurs du système (observateurs de premier ordre), il concerne aussi les observateurs qui les observent du point de vue de la science (observateurs de deuxième ordre). En effet, dans maintes recherches, on reproduit allègrement et sans nuance l'idée que les droits de personne ont été un catalyseur de changements extraordinaires en matière de justice pénale. Dans son étude comparative France-Canada sur les rapports entre la police et les droits de l'homme, Baccigalupo accepte le constat sur le plan des normes de procédure, mais il se montre judicieusement moins enthousiaste et plus méfiant en ce qui a trait aux normes de sanction. Il dira :

Les systèmes canadien et français garantissent, l'un et l'autre, relativement bien les droits des accusés devant les juridictions répressives. [...] Certes, rien n'est parfait et tout est perfectible en ce bas monde, mais, cela étant, il semble bien que ce ne soit pas à cette phase-là du processus judiciaire que les droits de l'homme soient le plus menacés. Une phase, par contre, qui menace grandement les droits de l'homme, c'est la phase « exécution des sentences d'enfermement ». C'est que dans un univers clos conçu davantage pour « surveiller et punir » que pour réhabiliter et réinsérer, le condamné voit, en pratique, nombre de ses droits et garanties fondamentaux fondre rapidement derrière les barreaux à l'ombre des cachots (Baccigalupo, 2001 : 16-17).

La question que pose ici Baccigalupo nous paraît fort pertinente, mais elle nous paraît en quelque sorte se poser « trop tard » dans le processus, même si elle doit sans aucun doute se poser à ce moment là aussi. L'auteur pose la question du contrôle des droits de la personne dans le cadre de l'enfermement. La question devient alors celle de savoir *si les établissements pénitenciers, en tant qu'organisations politiques, considèrent comme important de respecter les droits de la personne*. Ce n'est pas la question que nous allons retenir ici, du moins pas directement. À notre avis, la question des droits de la personne en relation avec les normes de sanction doit être aussi posée en amont, c'est-à-dire *sur le plan de la détermination de la peine*. La question devient alors pour nous celle de savoir *si les organisations judiciaires, en tant qu'organisations juridiques, considèrent comme important de respecter les droits de la personne*. D'une certaine manière, la question recoupe celle de Baccigalupo en ce sens qu'on pourrait se demander si les risques que représente le milieu clos de l'enfermement pour les droits de la personne sont pris en compte dans la détermination de la peine, mais il sera important ici de respecter le cadre qui nous a été donné par notre objet, c'est-à-dire le cadre

des communications juridico-pénales. Dans cette recherche, nous laisserons donc de côté, pour le moment, les organisations politiques et leurs communications.

La phase que nous avons choisi d'étudier, cette phase toute particulière de la détermination de la peine, reste généralement dans l'angle mort des magistrats, des juristes et des sociologues et criminologues. Ainsi, autant les observateurs de premier ordre que les observateurs de deuxième ordre auront eu tendance à négliger ou à perdre de vue, dans leurs observations, la caractérisation du rapport des droits de la personne aux normes de sanction.

Jusqu'ici, et depuis le début de ce chapitre, la question des droits de la personne a spontanément amené nos interviewés à faire référence à la Charte canadienne des droits et libertés. La référence à la Charte, implicitement ou explicitement, apparaît dans la grande majorité des communications analysées, quelle que soit la spécificité du thème traité. Quelles sont les dispositions de la Charte en relation avec les normes de sanction?

Trois articles permettent d'articuler une réflexion sur la légitimité des sanctions pénales : l'article 7 qui protège le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, l'article 9 qui reconnaît une protection individuelle contre la détention ou l'emprisonnement arbitraire et l'article 12, lequel protège l'individu contre tous traitements ou peines cruels et inusités [voir Annexe III]. Les références à la Charte étant généralement constantes sur tous les thèmes, la Charte instituant elle-même des dispositions pertinentes, on aurait pu s'attendre à ce qu'en invoquant la Charte, le lien entre les droits de la personne et les normes de sanction se fasse tout aussi spontanément qu'il a pu se faire entre lesdits droits et les incriminations et les procédures. Tel n'est pas le cas comme nous pouvons voir en lisant la communication suivante :

[PROCUREUR #9] Oui, il me semble qu'il y a un rapport direct puis il y a un rapport d'autant plus direct que dans la réalité du système 90% des dossiers se règlent uniquement sur la peine. Alors si on devait insuffler des droits de la personne dans le système de justice criminelle, on devrait les insuffler au niveau de la sentence parce que c'est là que ça se passe. Mais le constat est tout autre.

Dans notre matériel empirique, plusieurs communications appuient ce constat d'une faible présence ou carrément d'une absence des dimensions garantistes des droits de la personne en relation aux normes de sanction. Nous allons donc, dans ce qui suit, centrer notre analyse sur ces absences et sur ces liens faibles qui s'articulent concrètement dans l'empirie entre les droits de la personne et le choix des sanctions en droit pénal. Nous voulons ici faire état des communications où les droits de la personne sont mis en rapport, tant bien que mal, avec les normes de sanction.

À l'occasion, ces communications seront apparues de façon «spontanée», mais généralement, elles se sont formées sous le coup de notre «irritation», c'est-à-dire après avoir nous-même, au cours de l'entretien, proposé à l'interviewé de considérer le point de contact. Considérons dans les propos du juge 5 une première manière de concevoir le lien.

[JUGE #5] Les droits de la personne ont une incidence. Il y a dans les principes d'imposition de la peine des principes qui vont dans le sens des droits de la personne, comme le droit à la liberté, notamment. Je pense aux principes sentenciels de l'article 718.2 [du Code criminel; voir Annexe IV]... Je pense que c'est [l'alinéa] (e) ou (f)... des principes de modération... Avant d'envoyer quelqu'un en détention, tu envisages toutes les méthodes ou toutes les alternatives qui ont du bon sens dans les circonstances. [...] Ces principes-là sont inspirés des droits humains. Ce n'est pas carrément la Charte qui intervient pour privilégier le droit à la liberté comme tel. Mais c'est l'incorporation dans les principes d'imposition de la peine de considérations qui nous viennent de la Charte. C'est comme un détour indirect. Alors, je dirais que oui, on en tient compte.

On comprend ici que les droits de la personne ont un impact dans la mesure où ils ont inspiré, jadis, le législateur dans la détermination et la codification des principes relatifs à la détermination de la peine. Ce ne sont donc pas les droits de la personne, en soi, qui interviennent dans le processus décisionnel, mais bien ce qui peut leur faire écho ou refléter leur «esprit» dans la loi du législateur. En considérant notre empirie sur la question de la détermination de la peine, on constate en effet que les références au Code criminel supplantent soudainement les références à la Charte; ce qui laisse sous-entendre qu'ici, en matière de détermination de la peine et indépendamment des hiérarchies établies dans les sources du droit, le Code—et non pas la Charte—est la référence toute indiquée.

La question qui se pose est alors la suivante : Comment les acteurs parviennent-ils, concrètement, dans le processus décisionnel et en référence au Code criminel, à balancer le rapport de force entre les quelques principes inspirés des droits de la personne et la quantité beaucoup plus conséquente de principes inspirés des théories de la souffrance et de l'exclusion sociale? La tâche est loin d'être évidente :

[JUGE #8] Qu'est-ce que je peux faire? On me donne des critères à partir du Code criminel dans les articles 718 et suivants. On a des critères et la jurisprudence est là également pour nous aider à comprendre ces critères-là, les interpréter. C'est sûr que la peine est individuelle, à ce moment-là je veux dire, c'est une personne qu'on a devant nous. Il faut que la peine soit, comment dirais-je, ajustée à cette personne-là. C'est là que rentrent tous les critères de dissuasion, de dénonciation, de punition, peu importe. C'est au niveau de la personne, mais à ce moment-là, je crois que les droits de la personne rentrent moins en ligne de compte, c'est moins direct.

Dans cette communication¹⁷¹ où l'individualisation de la peine se fait selon les principes de dissuasion, de rétribution (punition) et de dénonciation—selon les principes établis par la rationalité pénale moderne—nous observons déjà au moins trois «indices» qui nous permettront de résoudre l'énigme de l'absence d'une connexion forte entre les droits de la personne et les principes de détermination de la peine.

La communication du juge 28 ne se rapporte pas tout à fait à notre question—bien qu'elle y soit liée. Elle se rapporte plutôt aux peines minimales dans l'optique des droits fondamentaux garantis par la Charte :

[JUGE #28] Heureusement qu'il y a la Charte et l'interprétation de la Charte par les tribunaux qui peuvent rétablir peut-être un certain équilibre parce que vous savez, des peines minimales, ça déjà été essayé et d'ailleurs ça été rayé par des décisions de la Cour suprême comme étant injuste et comme étant contre les principes fondamentaux de la Charte¹⁷².

¹⁷¹ Laquelle est ici reproduite par le juge 28 : « C'est-à-dire que même la société, par la voix du Code criminel, établit toute une série de principes, de facteurs qu'on doit prendre en considération pour infliger la peine. Si vous regardez l'article 718, il nous dit de regarder toutes sortes de facteurs. Même la Charte prévoit que la peine doit être proportionnelle au crime. [...] Alors oui, tous ces facteurs-là jouent au niveau d'infliger la peine et on prend tout ça en considération ».

¹⁷² Une seule fois dans l'histoire judiciaire canadienne une peine minimale a été déclarée inconstitutionnelle. Voir à ce sujet *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

Ici, les peines minimales sont «pensées» par les droits de la personne : le juge actualise ces droits comme pouvant faire obstacle à ce type de peines, une façon pour les Tribunaux de rétablir l'équilibre face à des peines prédéterminées par le législateur et qui viennent catégoriquement nier aux juges le droit d'exercer leur pouvoir discrétionnaire.

Ici et là dans les communications que nous avons pu relever de notre empirie, c'est avec hésitation, avec un «peut-être» (Juge #3) qu'on arrive à admettre que les droits de la personne puissent être définis comme des critères qui orientent les décisions relatives au choix des peines. Ici et là, si on reconnaît leur influence, elle est considérée comme marginale par rapport à d'autres considérations jugées plus importantes, notamment les «réalités subjectives du contrevenant»—« son passé, son vécu, son historique»—et qui font en sorte que les droits de la personne ne sont certainement «pas une composante majeure» (Juge #23). Ailleurs, on présuppose que le facteur «droits de la personne» joue, mais ça dépendra du rôle de chacun : « comme procureur, on ne pense pas nécessairement [aux] droits de la personne » (Procureur #11). Ailleurs encore, on considère que l'effet des droits de la personne dans la détermination de la peine est tout simplement «négligeable» (Procureur #9). Dans l'ordre de leur occurrence, les différents points de vue des acteurs:

[JUGE # 3] Mais je pense que les droits de la personne orientent, créent des limites *peut-être* au droit criminel, aux sentences.

[JUGE #23] Ce [les droits de la personne] *ne sont pas une composante majeure*. Je pense que de tout temps, le juge a le rôle de prendre beaucoup de différents facteurs en considération pour déterminer une peine et certainement un des *facteurs importants c'est des réalités subjectives du contrevenant : son passé, son vécu, son historique*. Alors ce *n'est pas vraiment des droits de la personne*. Ça a toujours été comme ça.

[PROCUREUR # 11] Comme procureur, on ne pense pas nécessairement [aux] droits de la personne, on ne se met pas dans la tête droits de la personne, mais oui, ça joue, ça joue, certainement que ça joue, certainement que ça joue¹⁷³.

¹⁷³ Sa communication est ici reprise par le procureur 10 : « Au niveau des droits de la personne, à partir du moment où l'accusé est déclaré coupable, ce n'est plus quelque chose qui va rentrer vraiment en ligne de compte dans les décisions à notre niveau, la Couronne. C'est peut-être plus justement les informations fournies par la victime qu'on risque de prendre davantage en considération dans nos représentations sur sentence. [...] Mon travail en tant que procureur reste quand même, si on le résume très « basiquement », d'accuser des gens pour des infractions au Code criminel quand j'ai la preuve

[PROCUREUR #9] Il y a des rapports évidemment entre les droits de la personne et le droit criminel. Mais les résultats ont été variables. Dans le contexte de la sentence, c'est une opération négligeable tant et si bien que l'article 12¹⁷⁴ maintenant de la Charte est presque jamais cité, est presque jamais invoqué. Dans quelles circonstances est-ce qu'on invoque l'article 12? Rarement!

Le point de contact entre la sémantique des droits de la personne et celle des principes régissant la détermination de la peine est parfois si faiblement établi que le raisonnement des acteurs se met à glisser loin des normes de sanction pour nous ramener dans la zone de confort de l'«habitat naturel» des normes de procédure. Si on devait alors remarquer que certaines garanties juridiques ont pu être quelque peu froissées durant la procédure, alors on compensera en matière de sanction en se montrant plus clément envers le coupable. C'est en tout cas la manière par laquelle le juge arrive, de façon créative—pour ne pas dire «forcée»—à établir le lien entre les droits de la personne et la détermination de la peine.

[JUGE # 4] Peut-être en matière de Charte, de sentences, on veut juste toucher à ce point là: c'est le fait que des fois, lorsque des gens ont été victimes d'une violation, disons qu'il y a eu une détention arbitraire, qu'il y a eu une violation du droit à l'avocat, du droit [à la vie privée au niveau des] fouilles, etc. Le juge, dans certains cas, peut considérer que la violation n'est pas suffisante pour exclure la preuve, mais, par contre, le juge l'a retenue pour donner une sentence moins grande au bout de la ligne. Donc il a accordé une réparation au niveau de la sentence, et non pas au niveau de l'exclusion de la preuve. C'est à peu près les domaines que je vois...

Ce lien qu'on nous présente ici est non seulement faible, il est surtout dénaturé. S'il existe une convention qui veut que la peine soit réduite pour compenser les faux-pas de la poursuite, le lien est alors établi entre les normes de procédure et les normes de sanction sans que n'interviennent les droits de la personne. À la limite, la modération de la peine tient plus aux systèmes psychiques qui cherchent à se redonner bonne conscience qu'à toute autre considération. Le médium est souple et élastique, mais même la théorie des systèmes lui reconnaît des limites!

[du crime] et de demander des peines relativement à ces infractions là quand ils sont déclarés coupables ».

¹⁷⁴ Nous renvoyons le lecteur à l'Annexe IV.

Dans d'autres communications où le lien, bien que faible, a été bel et bien établi, l'observateur évite toute forme de généralisation pour circonscrire son évaluation autour d'une question spécifique. Par exemple, le juge 23 va reconnaître le reflet des droits de la personne sur la détermination de la peine lorsque le cas implique un délinquant autochtone¹⁷⁵. Le lien dépend de la variable « délinquant autochtone » et dès qu'on lui substitue la variable plus générale de « délinquant », le lien se dissout.

[JUGE #23] Le Code criminel prévoit qu'au niveau de la sentence, les tribunaux doivent accorder un traitement particulier par rapport à un contrevenant autochtone. Alors il y a des situations où au niveau de la détermination de la peine, un juge doit avoir une sensibilité particulière sur une situation. Dans ce sens-là, je pense que les droits de la personne sont directement concernés. Donc oui, la composante « droits de la personne » comme telle exerce un rôle sur la sentence, sur la détermination de la peine, mais par contre, dans la majorité des dossiers, ce n'est pas nécessairement significatif.

La référence explicite aux délinquants autochtones apparaît dans le Code criminel canadien : la loi exige en effet des acteurs judiciaires qu'ils *considèrent* les sanctions alternatives à l'emprisonnement carcéral. Cette disposition a été codifiée en 1996 dans le but de limiter la surreprésentation des autochtones dans les institutions carcérales canadiennes. Plusieurs acteurs ont fait mention de ce cas spécifique pour établir le lien entre les droits de la personne et la détermination, mais règle générale, on ne reconnaît pas—du moins pas dans la communication—que le principe voulant que la priorité soit donnée aux sanctions non carcérales est un principe généralisé dans la loi et donc théoriquement généralisable dans la pratique décisionnelle : le principe ne concerne pas uniquement les délinquants autochtones, il est formulé (dans d'autres dispositions du code) de manière générale.

Encore une fois ici la question se pose : les théories de la peine seraient-elles en train d'intervenir sur le plan de la cognition? Seraient-elles en train d'imposer leurs propres principes et leurs propres priorités au détriment de toute autre injonction? Nous y reviendrons dans le chapitre V, mais en attendant, nous souhaitons profiter de notre empirie pour avancer

¹⁷⁵ Voir à ce sujet Roberts (2001) et Roach (1999).

une autre hypothèse : la prise en compte *sérieuse*¹⁷⁶ des droits de la personne *dans le domaine des règles de procédure* aura pour effet de désengager les acteurs judiciaires par rapport à l'importance d'observer les droits de la personne dans la détermination de la peine. Sur le plan de la procédure, l'individu est encore innocent, jusqu'à preuve du contraire, il bénéficie encore de la présomption d'innocence, il n'est pas encore officiellement l'«ennemi» de tous. Dans le domaine de la détermination de la peine, il a été reconnu coupable, il est devenu l'«ennemi», ses privilèges de «bon citoyen» sont révoqués, à la limite, il n'est plus cette personne des droits de la personne. Le droit de protection de la société prend le dessus sur les droits individuels et les théories de la peine nous incitent à profiter des hostilités pour punir, affliger et exclure socialement. L'hypothèse trouve plusieurs points d'ancrage dans l'empirie, et il est important d'y insister :

[PROCUREUR # 10] À partir du moment où la personne a plaidé coupable ou est déclarée coupable, il n'y a plus de présomption d'innocence, donc à partir de ce moment-là les droits de la personne de l'accusé, on... [petite pause] on ne... Ce n'est pas qu'on n'a plus à s'en soucier, mais, on n'a plus à être précautionneux comme dans les étapes précédentes.

[JUGE # 26] Il ne faut pas oublier non plus qu'il y a un processus présentenciel. Il y a des règles du jeu, il y a un comportement criminel qui est proscrit. L'état doit prouver hors de tout doute raisonnable. La défense a vraiment tous les recours en vertu de la Charte, a le droit à une défense pleine et entière. Quand tu arrives à un verdict à un moment donné, c'est que cette personne-là a vraiment commis [le crime] et elle a bénéficié des droits de la personne dans ce processus-là, elle a les garanties de la Charte, elle a les garanties de ne pas parler, elle a moult garanties.

[JUGE # 18] Je peux me tromper, mais j'ai l'impression qu'il y a moins de questions de droits de l'homme qui se posent à ce moment-là [de détermination de la peine].

[JUGE # 4] On ne tient pas vraiment compte [des droits de la personne constitutionnalisés] au niveau de la peine.

[PROCUREUR # 13] Ça ne veut pas dire qu'on n'y pense pas [aux droits de la personne], mais c'est juste que c'est moins prioritaire parce que l'importance de la peine justifie qu'on les bafoue, que les droits de la personne soient mis de côté : le droit à la

¹⁷⁶ « Sérieuse » au sens où dans ce domaine, tel que nous avons pu l'établir à partir de notre empirie, (4.3.2) les références sont particulièrement visibles, récurrentes et stables.

liberté¹⁷⁷, le droit à... Ces droits-là sont considérés, mais ne pèsent pas lourd dans la balance.

Que l'on ait ou non respecté les « règles du jeu », le simple fait de pouvoir à tout le moins *présumer* qu'on l'ait fait nous amène au même point. Les propos du juge 6 permettent d'apporter cette précision.

[JUGE # 6] Dans la détermination de la peine les droits de la personne sont présents indirectement comme cadre normatif. Mais je vous dirais que dans la plupart des décisions que je vois, que j'ai lues, dans la dynamique qui s'engage, le débat n'est pas un débat qui se noue, qui se fait explicitement autour des droits de la personne. Ils sont présumés, on présume que le système respecte fondamentalement les droits de la personne. On dit: «Vous êtes arrivés à ce point-ci : la détermination de la peine. Vous avez subi un procès selon des règles de procédure et de preuves pénales qui respectent en principe les droits fondamentaux qui s'établissent sur une certaine tradition, vous avez été reconnu coupable sur la base d'une disposition législative dont la constitutionnalité n'est pas contestée ou a été confirmée. La peine aujourd'hui doit vous être imposée dans un cadre qui correspond à un certain nombre d'objectifs législatifs». On assume que tout ça est l'aboutissement d'un processus conforme dans son ensemble, dans sa structure, dans son cadre d'action, [conforme] aux règles de protection des droits, des droits fondamentaux, mais ils ne reviennent pas explicitement [dans la communication].

Tout se présente comme si à partir du moment où le système peut constater ou présumer qu'il a respecté «des règles du jeu» et que, dans ces règles, l'on a respecté également les droits de la personne, son identité systémique peut alors librement se reproduire dans sa «vocation» la plus répressive. De façon plutôt inattendue, deviennent intelligibles sociologiquement les constations de Roach et le paradoxe qu'il formule en prenant appui sur les recherches d'Ericson (1983) et de Mandel (1994) :

The effect of the due process revolution was dramatic and enough for one generation to absorb. It was, however, less than half the story. The accused had more rights, but more frequently landed in jail. Between 1980-1 and 1994-95, there was a 50 per cent increase in the population of Canada's prisons.

¹⁷⁷ Cette construction de sens permet de sérieusement mettre en doute la déduction logique de Tulkens et van de Kerchove : «comme le droit à la vie refuse la peine de mort, le droit à la liberté conduira tôt ou tard à la condamnation de la peine privative de liberté» (Tulkens et van de Kerchove, cités dans Cartuyvels, 2002 : 130-131). Pour que cette idée ait un quelconque écho dans le système de droit criminel, il faudrait que les peines fussent réfléchies et pensées en dialogue avec les droits de la personne garantistes. Notre empirie ne montre aucun signe d'une telle actualisation.

.....
 Clearly, due process was not inconsistent with increased punishment, and some commentators argued that it legitimated increased crime control (Ericson, 1983; Mandel 1994, 199) (Roach, 1999: 3-4).

Par rapport à notre empirie, en aucun cas ici les droits de la personne peuvent-ils, comme référence indirecte ou présumée, représenter une source de réflexion du droit sur le droit (des peines). La sémantique des droits de la personne ne peut, par exemple, dans ces conditions, constituer une alternative susceptible d'«(auto)motiver le système organisé du droit criminel (...) à repenser entièrement ses théories de la peine» (Pires et Garcia, 2007 : 333).

Au terme de l'analyse présentée dans cette section, nous retiendrons notamment les constatations amenées par le juge 21 :

[JUGE #21] Il faut distinguer deux choses. Un impact majeur au niveau des procès, au niveau de la procédure. Au niveau de la détermination de la peine, ce n'est pas évident. Je ne veux pas dire que la Charte est absente, mais ce n'est jamais comme au niveau des procès et de la procédure, jamais.

On peut dire qu'en dépit du fait que les acteurs judiciaires puissent relier les droits de la personne à la phase de la détermination de la peine, les connexions qu'ils établissent sont plutôt faibles, fuyantes et même parfois forcées. Un ensemble de raisons semblent être à l'origine de ce manque d'impact direct: on juge parfois suffisant de s'en tenir à un nombre restreint de situations spécifiques (les droits de la personne pour les délinquants autochtones, pour les crimes mineurs, pour les premières infractions, etc.); on considère que les droits de la personne sont ceux du prévenu et non ceux du coupable, qu'il suffit donc de les observer dans le domaine de la procédure et non sur le plan de la détermination de la peine; on ne semble pas percevoir de rapprochements virtuels (possibles) entre les droits de la personne et les principes de modération, les principes favorables à la sanction la moins contraignante, et ceux privilégiant les sanctions non carcérales, *l'ultima-ratio*, ni d'ailleurs semble-t-on être « communicationnellement » engagé dans leur développement et dans l'actualisation de leur mise en forme.

En somme, en matière de justice pénale, tout se présente comme si les droits de la personne avaient du mal à prendre forme, à se stabiliser, à «survivre» en dehors de leur «habitat naturel» : les normes de procédure. On observe un effet de rupture qui se produit et se reproduit à travers le schème d'observation des observateurs du premier ordre. Une frontière imaginaire se dresse entre la détermination de la peine et tout ce qui vient avant. Cette frontière est invisible et cognitive car, du point de vue opérationnel, rien ne commande aux droits de la personne de s'arrêter aux portes de la détermination de la peine. Le point d'aveuglement est tel que des acteurs d'expérience ne savent tout simplement pas se positionner sur l'état de la situation. À la question de savoir si «les droits de la personne et la Charte ont eu un impact sur les peines, sur les sentences?», on a pu nous répondre: «Je ne le sais pas. En toute franchise, je ne le sais pas» (juge #22). Règle générale, les droits de la personne semblent mieux accueillis ou mieux perçus comme étant plus utiles ou pertinents du côté «procédural» de la frontière et beaucoup moins du côté «pénal». Nous aimerions insister sur le fait que l'effet n'est pas nécessairement induit par le «conservatisme» des acteurs, mais plutôt par celui du système qui voile dans un angle mort bien protégé la possibilité même que les droits de la personne puissent jouer un rôle plus déterminant en matière de sanctions. Le système ne produit pas de circuits communicationnels ni de constructions jurisprudentielles élaborées permettant un nouvel avenir pour les droits de la personne dans le domaine des peines. Tout se présente comme si la possibilité de faire intervenir positivement les droits garantistes dans cette zone normative restait encore un secret, la plupart du temps, bien «gardé». Enfin, lorsque, malgré tout, les droits de la personne réussissent à passer de l'autre côté de la frontière, à franchir cette ligne tacite que démarque la cognition, ils se présentent du côté de la peine affaiblis, dépourvus de leur force critique, incapables d'orienter la détermination de la peine dans un sens qui se voudrait significativement plus compatible avec les orientations positives et les dimensions garantistes du médium.

Conclusion

De façon générale, les résultats obtenus dans ce premier chapitre empirique ont indiqué plusieurs types de mises en forme pouvant théoriquement—et provisoirement—être considérés comme des idéaux-types de condensation de sens du droit criminel en référence au médium «droits de la personne». Le médium comprend virtuellement une multitude de possibilités de mises en forme : certaines ont été actualisées par le système de droit criminel alors que d'autres sont restées dans l'ombre. Parmi celles ayant été actualisées, un certain nombre apparaissent stabilisées dans la communication ou fortement institutionnalisées, alors que pour d'autres, l'institutionnalisation paraît plutôt faible; le sens est au mieux émergent, au pire, précaire.

C'est autour des normes de procédures qu'on observe les formes les plus stabilisées, tandis que tout se présente de façon beaucoup plus précaire et confuse du côté des normes de sanction. Sur la base de notre empirie, nous observons, en effet, une «hypervalorisation» des droits de la personne sur le plan des normes de procédure et des liens plutôt faibles voire inexistantes—et même dévalorisés—dans le domaine des normes de sanction. La distinction de Neves entre «strong human rights» et «week human rights» (Neves, 2007 : 423) peut être adaptée à notre propos pour dire que si la procédure au sens large semble constituer l'«habitat naturel» des droits de la personne où ils se présentent comme des « strong human rights », au moment de la détermination de la peine, ils occupent une «position marginale», ils ont une densité cognitive et une valeur normative faibles, voire inexistante et se présentent conséquemment comme des « week human rights ». En adaptant le schéma de Neves, nous pouvons à notre tour schématiser nos résultats de recherche:

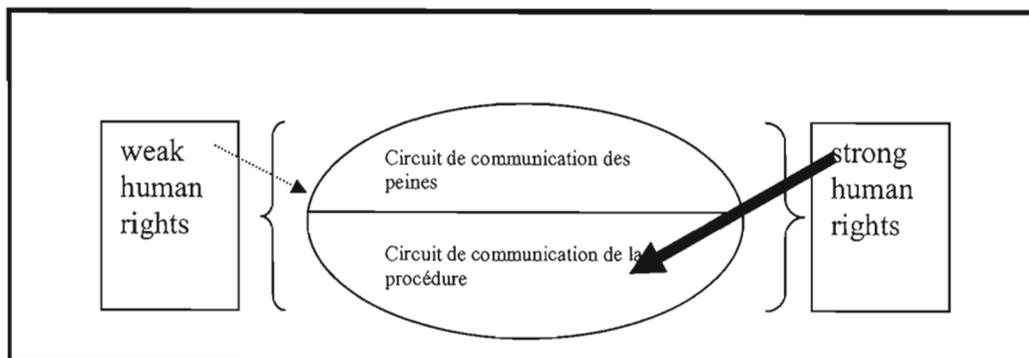


Figure 4.2 La distinction droits de la personne faibles/droits de la personne forts dans le système de droit criminel (adaptée de Neves, 2007 : 423)

Sur le plan des procédures, les mises en forme du médium droits de la personne sont plus organisées, plus détaillées, les idées se renvoient les unes aux autres, se systématisent, les droits apparaissent en «grappe». Elles permettent ainsi d’orienter plus concrètement les pratiques. En somme, en ce qui concerne les procédures, on peut dire que les droits de la personne se présentent comme un système de pensée à vocation garantiste, comme un *système* organisé et stabilisé *d’idées* considérant comme importante la protection du justiciable.

Ce que nous observons sur le plan des normes de sanction est tout autre chose. La plupart sinon toutes les mises en forme que nous avons pu observer du médium droits de la personne dans le domaine des normes de sanction sont signifiées au même niveau d’abstraction que le médium lui-même—on parle des droits de la personne comme d’une «culture», une «philosophie», un «esprit», comme le sens induit par le «sens commun»—de sorte qu’à ce niveau d’abstraction, on ne peut se référer aux formes qu’en tant que médiums eux-mêmes en attente de condensation de sens.

Conséquemment, le flou, l’indétermination du sens rendent difficile la direction au niveau décisionnel et plus particulièrement sur le plan de la réflexion : l’abstraction permet la généralisation du médium dans *la société*, certes, mais en tant que telle, sans réinvestissement au niveau du sens, elle limite la possibilité d’une réflexivité juridique sur le droit et limite ainsi la possibilité d’un «raffinement» structurel et cognitif du système de droit criminel en

référence aux droits de la personne et plus spécifiquement, dans le domaine des normes de sanction.

Remarquons finalement qu'au cours de cette analyse, la référence explicite des acteurs aux théories de la peine a eu comme effet, à chaque occurrence, de mettre à l'avant-scène leurs valeurs négatives (affliction, exclusion sociale, etc.), de plonger dans l'ombre et d'inhiber les valeurs alternatives, notamment les valeurs plus positives qui peuvent émerger de certaines mises en forme du médium «droits de la personne» (dignité, liberté, inclusion, conciliation, etc.). Si les mises en forme garantistes ont pu agir tant et aussi longtemps que l'individu a pu bénéficier de la présomption d'innocence, par contre, une fois qu'il sera reconnu coupable, les théories de la peine revendiqueront leur autorité épistémique et les droits de la personne l'abandonneront. Les théories de la peine domineront la situation, définissant le coupable comme l'ennemi de tous, exigeant sa souffrance et/ou son exclusion sociale et exigeant par ailleurs des droits de la personne—s'ils tiennent à entrer dans la communication—qu'ils se rangent du côté de la victime, des mouvements sociaux et de la société en général—ce qui dans la mise en forme *guerrière* du médium «conflit» implique de prendre parti *contre* (et non *pour*) l'individu coupable. Il ne sera pas question alors d'introduire des sauvegardes et des limites au droit de punir, de privilégier, au nom des droits de la personne *coupable*, les principes de la modération, de l'*ultima ratio* ou de la sanction la moins contraignante possible dans les circonstances. Il s'agira plutôt, au nom des droits de la personne *victime*, de produire un «bien» (pour la victime, pour la société, voire pour les mouvements sociaux), de compenser des souffrances par la rétribution des souffrances, de réaffirmer les valeurs fondamentales de la conscience collective par la négation de celles-ci, de prévenir ou de dissuader le mal par un plus grand mal.

Nous reconnaissons l'irritation que provoquent ces « nouveaux acteurs » sur le système, mais notre empirie suggère que le problème est plus complexe et fait intervenir une variable peu considérée dans son analyse qu'est l'impact du système lui-même dans le traitement de ces irritants. Si on a eu tendance, dans les recherches ou ailleurs, à tenir responsables des tendances punitives contemporaines les «nouveaux acteurs» du système (les victimes, les mouvements sociaux, l'opinion publique, etc.), nous suggérons ici que ceux-ci ne sont que les

supports d'une communication systémique déjà bien établie. Avec le recul que permet l'observation sociologique de deuxième ordre, on peut alors dire que ces «nouveaux phénomènes», souvent décrits dans la littérature comme étant la source du paradoxe, nous semblent constituer plutôt des «contemporary replays of old dramas» (Miller, 1973 : 142), en ce qu'ils ne font qu'offrir de nouvelles occasions de reproduire de façon redondante ce que le système est habitué de faire et de penser par rapport aux peines. S'il fallait continuer, sur le plan de l'analyse, à parler de causalité, il faudrait alors abandonner l'image d'une causalité linéaire où l'input de l'environnement se traduirait tel quel en output dans le système et privilégier plutôt un modèle de causalité circulaire où input et output sont toujours et ne peuvent qu'être des constructions internes du système. Si la communication de ces «nouveaux acteurs» exige des peines plus sévères et que cette communication *résonne* dans le système, c'est bien parce que le système a pu la reconnaître (la codifier) comme une communication porteuse d'informations pertinentes pour la reproduction de certaines de ses structures, en l'occurrence, les structures cognitives des théories de la peine qui peuvent ainsi se reproduire dans la communication. Ces considérations suggèrent une influence significative des théories de la peine de la rationalité pénale moderne dans la relation d'ouverture cognitive que le système entretient avec son environnement. Nous serions donc amenée à prendre au sérieux l'hypothèse de l'autopoïèse et de l'autonomie du système dans son rapport à l'environnement et considérer théoriquement la possibilité que les tendances répressives dans lesquelles s'inscrivent nos sociétés contemporaines ne s'expliqueraient pas uniquement par l'environnement, mais aussi, et peut-être même surtout, par le système, par sa tradition normative (opérationnelle), par son historicité cognitive (théories de la réflexion) et par ses propres expectatives identitaires.

Par ailleurs, et en renfort à cette hypothèse, si, à l'intérieur des frontières communicationnelles du système de droit criminel moderne, c'est bel et bien dans l'espace cognitif des normes de procédure que les droits de la personne ont pu créer leur «habitat naturel» et former un système de pensée spécifique, cela ne serait-il pas dû au fait que cet espace n'avait pas été engorgé cognitivement par des théories *négatives*, du moins pas dans la même mesure que celui des normes de sanction par les théories de la peine?

Nous serions peut-être face à un problème de «dépendance du chemin tracé» (Niosi, 2002) qui limite notre capacité à faire déborder la pensée des droits de la personne sur des chemins différents de ceux qui ont été dessinés par la matrice originelle. Nous pouvons faire l'hypothèse que, dans le domaine des peines, les références aux droits de la personne sont vagues et imprécises ou «présumées», en tout cas, peu élaborées, parce qu'il y aurait d'autres références normatives et cognitives plus fortes, plus détaillées et plus structurées.

Le prochain chapitre sera consacré aux théories de la peine, à leur occurrence dans le discours des acteurs, à leurs implications communicationnelles sur la réception des droits de la personne dans le domaine des normes de sanction.

CHAPITRE V

LES AUTO-DESCRIPTIONS DES THÉORIES DE LA PEINE ET L'OBSERVATION DU CARACTÈRE SYSTÉMIQUE DE CES THÉORIES : OBSERVATIONS EMPIRIQUES DE LA RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE

La réflexion est, par excellence, la force antagoniste de la routine, et la routine est l'obstacle aux progrès nécessaires (Durkheim, 1922 : 73).

Introduction

Le chapitre précédent a établi un évènement étonnant du point de vue de la sociologie du droit pénal : la sémantique des droits de la personne ne semble pas avoir eu un impact garantiste, modérateur et revivifiant en ce qui a trait aux principes de détermination de la peine. Un des points de départ de cette recherche a été celui de prendre au sérieux la proposition selon laquelle ce que nous observons dans le domaine des normes de sanction en relation avec les droits de la personne ne peut pas s'expliquer exclusivement par les caractéristiques intrinsèques du médium «droits de la personne». Nous faisons plutôt l'hypothèse que leur réception *par* les structures cognitives que sont les théories de la peine est un facteur essentiel à la compréhension des conditions favorisant, de l'intérieur, l'inhibition du médium dans son potentiel transformateur des idées qui gouvernent et orientent le choix des sanctions. Avec comme but de tester et d'approfondir cette hypothèse, ce chapitre analytique sera consacré entièrement aux théories de la peine et aux auto-descriptions de ces théories: nous voulons montrer que l'univers des idées en ce qui concerne les peines est largement occupé par un système d'idées spécifique, celui de la «rationalité pénale moderne», et que ce système a un impact considérable sur la sélection et la stabilisation des communications relatives aux peines et sur les décisions que privilégieront conséquemment les acteurs dans le choix des sanctions.

Ce chapitre est divisé en quatre sections. Toutes contribuent, en valorisant des aspects analytiques différents, à l'objectif général de montrer que la rationalité pénale est un système de pensée du droit criminel moderne : nous tenterons de caractériser les obstacles cognitifs qui s'y rattachent et d'indiquer les effets de cette réalité systémique dans l'évolution du système pénal (plus particulièrement en regard de la possibilité de transformer les normes de sanction en relation avec des mises en forme plus positives, ou plus innovatrices du médium des droits de la personne).

Dans la première section de ce chapitre (5.1), nous allons indiquer les niveaux d'observation pouvant être considérés dans l'analyse d'un système d'idées, dans notre cas, celui de la rationalité pénale moderne : (i) le niveau des idées ou des principes (niveau micro), (ii) le niveau des théories (niveau meso) et (iii) le niveau du système de pensée (niveau macro).

Dans la deuxième section (5.2), nous présenterons les communications systémiques qu'ont soutenues les acteurs sur les théories de la peine, le but étant de déterminer et de délimiter l'espace cognitif qu'elles occupent dans la structure du droit criminel moderne. En d'autres termes, en référence aux théories de la première modernité, à celles qui aux XVIII^e et XIX^e siècles ont participé à la différenciation du droit criminel, nous voulons savoir si l'hypothèse de la rationalité pénale moderne se tient et si nous pouvons affirmer que ses idées continuent encore aujourd'hui d'influencer notre manière de concevoir le rôle du système dans la société, les fondements du droit de punir, la sélection des sanctions admissibles et la qualification des sanctions alternatives (variété valorisée, marginalisée ou «bruit»).

La troisième section (5.3) sera dédiée à la description du niveau macro : nous voulons vérifier au plan empirique la pertinence de concevoir au plan théorique l'ensemble des théories de la peine comme formant le cœur d'un seul et même système d'idées (dominant?)¹⁷⁸, celui de la rationalité pénale moderne. Pour ce faire, nous exploiterons les

¹⁷⁸ La question de savoir si un système de pensée dans une forme concrète est ou non le système de pensée dominant d'un circuit interne de communications est toujours une question empirique. Si les énoncés que formait le système de pensée Y sont remplacés un par un ou sont atteints dans leurs dimensions essentielles, on ne peut pas dire que nous sommes encore face au système de pensée Y. En

indicateurs analytiques que nous avons identifiés dans le chapitre théorique (II) et, en ayant comme prétention de fédérer ou de souder ensemble, au-delà de leurs divergences—les théories de la peine de la première modernité. Nous faisons ici référence à l'obligation de punir, à l'«hypervalorisation» de l'affliction et/ou de l'exclusion sociale et à l'exclusion des sanctions alternatives plus positives.

Dans la quatrième et dernière section de ce chapitre (5.4), nous enrichirons de notre empirie le postulat épistémologique de cette recherche justifiant qu'au plan de l'observation la cognition sociale soit distinguée de la cognition psychique¹⁷⁹. Nous verrons que la cognition sur les peines est *de type social*, c'est-à-dire gouvernée par les théories de la peine du système de droit criminel et ce, indépendamment du point de vue personnel que les individus-décideurs peuvent entretenir sur elles.

d'autres mots, pour que le système de pensée puisse être identifié dans ses frontières, il faut que les énoncés dont il est formé soient stables, fassent l'objet d'une réactualisation permanente et fassent l'objet des routines cognitives du circuit de communication qui les utilise. Les frontières du système de pensée sont alors flexibles mais pas à l'infini. Par exemple, une décision d'un tribunal peut changer les contours du droit au silence du justiciable en lui donnant une interprétation plus restrictive. Ceci n'implique pas que cet énoncé n'appartienne plus au système de pensée. Alors, dans une première étape, il faut sélectionner les idées qui que nous attribuons au système de pensée que nous essayons de construire/décrire. Ensuite, à chaque fois que nous voulons décrire les frontières du système de pensée, il faut se poser la question suivante par rapport à ces idées : quand est-ce que nous ne pouvons plus rattacher une idée/un énoncé à ce système de pensée? Ainsi, si dans un monde judiciaire imaginaire, une Cour d'appel définissait le droit au silence de cette façon : «le justiciable a le droit de garder le silence sur les événements de sa vie privée, mais est obligé de répondre à toute autre question», nous ne sommes plus face à l'énoncé que nous avons identifié à un moment donné comme appartenant au système d'idées Y. Quelle règle de sélection avons-nous utilisée pour l'exclure? Nous pouvons dire que la nouvelle interprétation du droit au silence a complètement détruit la *forme* «droit au silence» qui était cohérente à l'intérieur de ce système d'idées ou caractéristique de ce système: un droit au silence destiné à circonscrire une sphère de protection et de non-intervention face au pouvoir étatique. D'où l'importance d'à chaque fois bien définir les idées qui composent un système d'idées – elles seront le point de référence à partir duquel nous pouvons suivre l'évolution de ce système, sa transformation, ou décréter son extinction ou encore son remplacement par un autre système d'idées.

¹⁷⁹ Tel que suggéré dans le chapitre méthodologique (section 3.4.3).

5.1 Les niveaux d'observation du système de pensée de la rationalité pénale moderne

Un des défis de cette recherche est celui de montrer que la RPM et ses théories de la peine constituent, de fait, un « système de pensée ». En quoi cette conceptualisation est-elle pertinente? En adaptant à notre propos les analyses de Luhmann sur l'argumentation légale et, plus spécifiquement, sur les motifs décisionnels, nous pourrions commencer à développer une réponse à cette question¹⁸⁰ :

[...] there has been scant recognition of the fact that reasons [idées] produce differences and refer to themselves by what they exclude. (...) Perhaps the understanding of reasons [idées] as a point-by-point presentation has made broader recognition of this observation difficult. But reasons [idées] are not *points* of view, which can be defined simply. They are complex processes of thought, which justify both the inclusive and exclusive effects that they have. Only with an eye to their reuse or the consequences of their reuse are they condensed into rules in order that their identity remains recognizable and referable. Simultaneously, reuse confirms the reason [l'idée] as being suitable for use in other decisions and gives it a generalized and enriched meaning. The products of such a process of confirmation can, in turn, be condensed into *principles* [théories], which say nothing about the original differences but which come to be treated as the definite points of view for a decision. It takes time and above all the experience of many cases to bring such principles [théories] to maturity. Their power to convince grows with a proven track record in a variety of cases. Once all of this has been put in place, it is no longer so easy to reject traditionally established reasons [idées] and to replace them with new ones. Tradition makes it only too apparent how much would have to be decided differently without it. [...] Essentially, existing law does not develop in respect of its principles [théories] but in respect of what its principles appear to exclude.

.....
 The above analysis should make it clear that reasons have to keep silent on something, namely on their redundancy. They use distinctions with reference to their signified side and not their unsignified side (Luhmann, 1993: 327-328; 329).

D'un point de vue analytique, en tirant profit des remarques de Luhmann, et en les adaptant à notre objet d'étude, nous pouvons dire que la description de la RPM peut s'élaborer à partir des trois différents niveaux indiqués. Nous pouvons diriger l'observation vers un niveau micro, le niveau des idées (*reasons*), vers un niveau meso, celui des théories (*principles*) ou vers un niveau macro, celui où les théories s'articulent les unes avec les autres

¹⁸⁰ Dans cet extrait, nous avons voulu rendre explicite le parallèle que nous établissons entre la perspective de Luhmann sur l'argumentation légale et notre propre conception des systèmes de pensée, des théories et des idées. Ainsi, là où Luhmann parle de «reasons», nous établissons un parallèle avec la notion d'idée; là où il parle de «principles», nous y associons la notion de «théorie».

pour former un système de pensée. Luhmann ne mentionne pas explicitement ce dernier niveau, mais nous en retrouvons le sens dans sa référence à la notion de «tradition» : on peut considérer les théories (*principles*) comme pouvant établir, dans leur configuration systémique, une tradition cognitive spécifique, une tradition de la pensée. La prochaine figure adapte ces considérations aux trois niveaux d'observation sociologique de la cognition pénale:

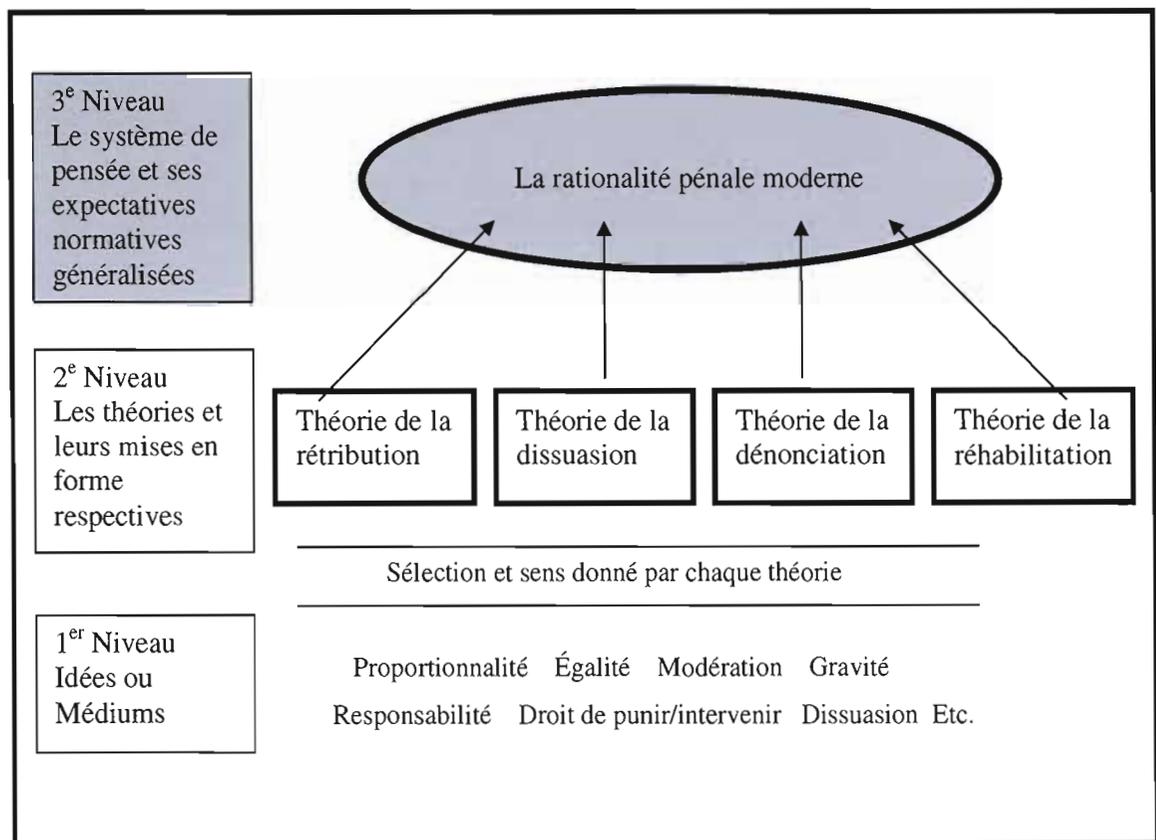


Figure 5.1 Trois niveaux d'observation de la RPM (adaptée de Pires, 2008d)¹⁸¹ :

¹⁸¹ Cette représentation des trois niveaux d'observation et d'analyse d'un système de pensée a été présentée par Alvaro Pires (2008d) lors d'un Séminaire sur les théories de la peine, tenu à l'Université d'Ottawa pendant la session d'Hiver 2008. Nous avons changé certains détails pour mieux l'adapter à notre objectif spécifique.

Au premier niveau, on retrouve des idées, des médiums abstraits auxquels ont pu se référer les théories de la peine. Par exemple, toutes les théories investissent le médium droit de punir/intervenir. Si on considère le médium dans l'abstrait, c'est-à-dire sans le rattacher à une théorie, le sens n'est pas donné. Dire que l'autorité a le droit de punir/intervenir (énoncé commun à toutes les théories) ne dit encore rien sur la mise en forme du médium «droit» : s'agit-il d'une forme prescriptive (obligation) ou d'une forme permissive (autorisation)? Cela ne dit rien non plus sur les fondements de ce droit : sont-ils moraux, pratiques, etc.? Rien non plus sur les conditions à considérer pour la détermination de la sanction : faut-il punir pour dissuader, rétribuer, etc.? Rien sur le choix de la sanction : la prison, l'amende, le dédommagement, etc.? Rien encore sur le cadre à privilégier pour l'administrer : milieu ouvert ou fermé, carcéral, psychiatrique ou autres?

Au deuxième niveau, les théories de la peine peuvent être observées comme des «vocabulaires de motifs» distincts les uns des autres (on peut observer leurs mises en forme particulières opérées à partir des différents médiums observables au premier niveau¹⁸²). En tirant profit des distinctions présentées dans le chapitre II, nous pouvons observer à ce niveau que les théories se distinguent sur le plan des «combinaisons d'idées».

Au niveau du système (3^e niveau d'observation), on observe entre les théories des mises en forme dominantes, partagées, communes ou compatibles. La cohésion des théories sur certains principes ou idées forme des expectatives normatives. Par exemple, toutes les théories de la peine ont privilégié le sens *obligatoire* du médium «droit de punir», mettant de côté, du coup, le sens *permissif*. Ainsi, au niveau du système de pensée s'institue l'expectative normative voulant qu'en cas de transgression de la loi, on *doive* punir—pour différentes raisons (observables au niveau 2), certes, mais toutes s'accordent sur l'obligation de punir (observable comme expectative généralisée au niveau 3). Par ailleurs, si en référence à certains médiums les mises en forme opérées par les différentes théories peuvent varier en regard du sens, elles peuvent néanmoins en arriver à un consensus quant à la meilleure manière de les opérationnaliser : elles peuvent, par exemple, vis-à-vis du principe de

¹⁸² Par exemple, le principe de proportionnalité n'est pas investi de la même manière selon que le sens est donné par la théorie de la dissuasion ou encore par la théorie de la rétribution.

proportionnalité, se représenter la durée de la peine privative de liberté comme la variable idéale pour l'opérationnalisation de ce principe.

Au niveau du système de pensée, ce qu'on observe au-delà des différents «vocabulaires de motifs» institués par chaque théorie de la peine, c'est une certaine cohésion cognitive qui tend à induire une certaine normativité opérationnelle. Comme nous l'avons déjà mentionné, la rationalité pénale, en tant que système d'idées du droit criminel, concentre en son sein un ensemble d'expectatives normatives soutenues par les différentes théories de la peine (il doit punir/intervenir, il doit exclure socialement pour punir ou traiter, il doit faire souffrir pour punir, ou contraindre pour traiter, etc.).

Dans la section qui suit, nous allons situer notre observation au deuxième niveau pour considérer les communications du système par rapport auxquelles les théories de la peine se différencient les unes par rapport aux autres.

5.2 Les communications sur les théories de la peine

Dans notre empirie, nous avons pu retracer l'existence de quatre sémantiques pénales-types, chacune correspondant à une des quatre théories de la peine définies dans notre cadre théorique¹⁸³. Nous pourrions ici, dans les communications qu'auront soutenues nos acteurs, les considérer dans la spécificité de leur sémantique. Nous verrons dans l'ordre, les communications relatives à la théorie de la rétribution (5.2.1), celles relatives à la théorie de la dissuasion (5.2.2), celles relatives à la théorie de la dénonciation (5.2.3) et finalement, celles se rapportant plus spécifiquement à la théorie de la réhabilitation (5.2.4).

¹⁸³ Nous renvoyons le lecteur à la sous-section 2.2.2 du chapitre II.

5.2.1 La théorie de la rétribution¹⁸⁴

Au cœur de la théorie de la rétribution, nous avons pu reconnaître un droit de punir fondé sur l'obligation morale de l'autorité publique de rétribuer le mal par le mal : un certain idéal de justice, fondé sur la représentation d'une Moralité suprême et transcendante, exigerait que le mal du crime soit expié par le mal de la peine. La théorie de la rétribution est dans son essence même une théorie afflictive : la souffrance est, pour la théorie, un trait constitutif de la peine. La sévérité de la peine dépend de la gravité de l'infraction : le principe de proportionnalité implique—en théorie—une correspondance parfaite entre le mal que représente le déséquilibre qu'a produit le crime dans l'ordre de la justice et le mal infligé par la peine. Enfin, les conséquences de la peine sur le délinquant ou éventuellement sur sa famille ne justifient pas, du point de vue de la théorie, qu'il faille limiter le pouvoir d'affliction tout comme l'indignation de la victime et sa colère ne peuvent justifier non plus qu'il faille augmenter la sévérité de la peine¹⁸⁵.

Les principaux fondements théoriques étant établis, considérons maintenant leurs transpositions dans la communication. Dans celle qui suit, le système ne perçoit pas d'incompatibilité entre la rhétorique de la rétribution et celle des droits de la personne. C'est une certaine mise en forme des notions de mérite et de dignité qui interviennent pour créer de la compatibilité là où elle n'était pas évidente *a priori*.

[JUGE #6] Je pense que la théorie de la rétribution est présente et devient de plus en plus présente. Je pense que certains philosophes en cette matière là la défendent comme certains juristes la défendent comme conforme aux droits de l'homme en ce sens que le prévenu reçoit la peine que mérite son acte, ce qui respecte sa dignité fondamentale. On respecte aussi la dignité des autres personnes notamment des victimes actuelles ou des

¹⁸⁴ Notre objectif ici est celui de montrer comment les juges pensent «de façon directe» sur le rétributivisme comme théorie de la peine autonome. Nous renvoyons le lecteur au chapitre II (2.2.2.1) pour un rappel plus approfondi des postulats de cette théorie.

¹⁸⁵ Kant avait en effet insisté sur l'idée que « le châtement ne doit jamais être, en quoi que ce soit, dicté par la haine » (Kant, 1797 : 180). Ceci dit, il n'est pas exclu que des variantes plus répressives de la théorie de la rétribution ait pu se développer pour finalement admettre la colère de la victime et son indignation comme des facteurs à considérer dans la détermination de la peine. Notre empirie devrait nous permettre d'explorer ce dernier point.

victimes potentielles en sanctionnant comme il se doit l'atteinte à leurs droits ou à leurs intérêts.

Dans la théorie rétributiviste de Kant, «toute action qui blesse le droit d'un homme *mérite* un châtement» (Kant, 1797 :180). Qui plus est, sur la base de la conception kantienne du libre arbitre, l'individu s'est *mérité* ce châtement par le simple fait d' « avoir voulu une action punissable » (*ibid.*: 179). L'autorité publique peut alors, précise Kant, «le trouver *digne de punition*» (*ibid.*: 177). La notion de dignité permet ici le couplage avec celle qui émane de la rhétorique des droits de la personne : l'argument qui nous est proposé veut que la punition de la personne coupable devienne une manière d'exprimer son droit à la dignité humaine. Avec ironie, Ricoeur affirme, par rapport au droit pénal, que «son plus beau fleuron est de penser la peine en termes de droit du coupable» (1969 : 351).

Dans l'ensemble, la communication reproduite par le juge 6 rejoint ainsi les éléments centraux de la théorie kantienne de la rétribution.

Dans certaines circonstances, il y a clairement une préférence toute indiquée pour la théorie de la rétribution. Les autres théories deviennent non nécessaires, à la limite secondaires. C'est le cas par exemple des crimes qui suscitent une plus grande indignation sur les écrans de réflexivité du système, une indignation qui se traduit par une plus value en ce qui a trait à la gravité. Entrent dans cette catégorie les crimes de nature sexuelle commis sur des enfants. Comme l'indique la prochaine communication, ce qui apparaît justifié face à ce genre de crime, c'est de *punir pour punir*, toute autre visée utilitariste qui pourrait apparaître viendrait s'inscrire en second lieu dans l'ordre des priorités.

[JUGE #2] I think there can be cases where retribution is appropriate. For example, if someone molests a child, there's a retribution sentencing of the punishment.

Pour ce que notre empirie a qualifié de «crimes graves», de «crimes crapuleux», de «crimes horribles», la rétribution prédominera sur toute autre considération. Pourtant, dans

l'article 718 du Code criminel canadien¹⁸⁶, le législateur n'a pas explicitement reconnu la rétribution comme devant faire partie des objectifs «officiels» de la sanction. La communication suivante insiste sur ce fait :

[PROCUREUR #25] Il me semble que justement dans les jugements, au Canada, on s'éloigne complètement de ça [la rétribution]. Si vous regardez la partie 27 du sentencing, on ne voit pas la rétribution. On voit [l'idée d'une] peine proportionnelle à la gravité et à l'individu, gravité du geste et de l'individu. On voit dénonciation, dissuasion, réhabilitation, reconnaissance des torts, réparation. [...] Mais on ne voit pas ça du tout [la rétribution]. On voit proportionnalité comme objectif principal, mais on ne voit jamais rétribution.

Ceci dit, même si la fonction rétributive de la peine n'est pas explicitement mentionnée dans le texte de loi, cela ne veut pas dire qu'elle ne fasse pas partie de l'univers cognitif qui se rapporte aux normes de sanction. Certains de nos interviewés ont en effet volontairement admis qu'il soit tout à fait possible que la rétribution agisse encore—ne serait-ce qu'officieusement—dans les communications relatives à la détermination de la peine.

[JUGE #18] Il me semble que la punition pour la punition, la rétribution, c'est en voie d'extinction au niveau des principes. Mais, je ne sais pas si dans la réalité de tous les jours, il n'y a pas [encore] des gens qui se laissent aller à punir quelqu'un pour le punir.

Par ailleurs, que le médium «rétribution» n'apparaisse pas dans l'énoncé formel de la loi¹⁸⁷ n'empêche pas que certaines de ses mises en forme soient encore, elles, bien présentes dans l'article 718 du Code criminel, comme en atteste la référence au principe de proportionnalité et à son sens rétributiviste dans l'extrait du procureur 25 cité ci-dessus. Ainsi, l'absence de référence explicite à la théorie de la rétribution dans le texte de la loi

¹⁸⁶ Nous renvoyons le lecteur à l'Annexe V.

¹⁸⁷ Pour ce qui est de la théorie de la rétribution, dans l'ensemble, nous avons été portée à croire qu'il existe un problème de traduction du terme anglais «*retribution*» vers des équivalents sémantiques dans la langue française, ce qui fait en sorte que certains acteurs soient moins conscients de l'usage qu'ils font eux-mêmes de la théorie de la rétribution. Celle-ci est souvent traduite dans la langue française tout simplement par le mot «punition», «châtiment» ou par le vocable «proportionnalité». Cette idée nous a été suggérée autant par nos observateurs que par nos analyses de la jurisprudence canadienne. À titre d'exemple, dans la version anglaise de l'arrêt Lyons (1987) le mot rétribution apparaît et a été traduit, dans la version française, par le mot «châtiment».

n'implique pas qu'elle ne soit pas active, comme toute autre théorie de la peine, par l'entremise de ses propres mises en forme. Qui plus est, cette hypothèse semble d'ailleurs se confirmer ou trouver appui dans l'analyse jurisprudentielle : si le législateur n'a pas jugé opportun de référer explicitement à cette théorie, des références explicites apparaissent encore dans les jugements du plus haut tribunal national, et ce, sur le même pied d'égalité que toutes les autres théories. Dans l'arrêt *R. c. L.M.*¹⁸⁸, daté de 2008, la Cour suprême du Canada cite Dadour et reconnaît que :

[L]es objectifs de dénonciation, de dissuasion, d'isolement, de réinsertion, de réparation ou de rétribution sont autant de paramètres généraux qui n'obéissent à aucune norme précise permettant de les hiérarchiser (Dadour cité par la Cour Suprême du Canada).

En somme, notre empirie indique qu'il est trop tôt pour suggérer que la théorie de la rétribution, ne serait-ce qu'à partir de ses mises en forme, ne fasse plus partie des vocabulaires de motifs de la détermination de la peine au Canada. Nous sommes portée à croire qu'elle fait bel et bien, encore et toujours, partie des théories qui encadrent la détermination de la peine. Si le fait que le législateur n'ait pas souhaité se référer explicitement à cette théorie dans sa loi peut être interprété comme un signe de dévalorisation de la théorie, il faudra alors considérer la dévalorisation comme étant celle du système politique et pas nécessairement celle du système juridique qui semble quant à lui continuer de lui accorder une certaine place. La prochaine communication vient en appui à notre propos :

[PROCUREUR #25] Dissuasion, dénonciation, rétribution. *An eye for an eye, a tooth for a tooth*. Il y a 50 États américains et puis à peu près tout leur droit criminel est basé là-dessus. Et puis moi, je pense qu'ils sont dix fois plus avancés que nous au niveau du droit criminel parce que premièrement, ils sont plus [nombreux], deuxièmement, ils ont plus d'intellectuels; et puis troisièmement, ils ont plus de criminels.

Passons maintenant au prochain point sur la théorie de la dissuasion.

¹⁸⁸ *R. c. L. M.*, [2008] CSC 31, au par. 22.

5.2.2 La théorie de la dissuasion

Nous allons ici commencer par brièvement reprendre, comme nous l'avons fait pour la théorie de la rétribution, les caractéristiques principales de la théorie de la dissuasion. La théorie de la dissuasion conçoit le droit de punir dans la forme obligatoire : l'obligation est toutefois une obligation pratique et non morale. Elle ne naît pas de l'offense perpétrée contre la Moralité et déséquilibrant l'ordre de la Justice, mais bien de l'obligation de protéger la société contre la récurrence du crime. L'idée est reprise par le procureur 24 :

[PROCUREUR #24] Si on ne donne pas de peine dissuasive qui donne un message au public, qu'est-ce qui va faire penser deux fois à M. et Madame tout le monde avant de monter dans l'auto avec un taux d'alcool trop élevé...Si on n'a pas cette espèce de répression au niveau de la peur de la sentence, qu'est-ce qui va nous permettre de limiter les dégâts?

Ainsi, en tant que théorie utilitariste, les fondements de la punition reposent sur les propriétés dissuasives et protectrices attribuées à la peine, sur les effets qu'elle peut produire dans l'avenir. Ce n'est ni une question de mérite ni une question de respect de la dignité humaine du condamné, c'est une question de bien collectif en ce qu'il est considéré «de l'intérêt général qu'il ne se commette pas de délits, ou du moins qu'ils soient d'autant plus rares qu'ils causent plus de mal à la société» (Beccaria, 1764 : 72).

En ce sens, partant du principe que «le penchant au crime augmente en raison des avantages que chacun retire des désordres eux-mêmes» (Beccaria, 1764: 71), plus les crimes seront considérés comme menaçants pour la société, plus importante sera l'obligation de les dissuader et plus sévères devront être les peines administrées à cette fin. Dans les termes de Beccaria, « plus les délits sont nuisibles au bien public, plus forts doivent être aussi les obstacles qui les en écartent » (*ibid.*: 72). Cette mise en forme du médium «proportionnalité» chez Beccaria implique cependant que le quantum des peines soit établi de la plus sévère des peines en descendant (et non de la moins sévère en montant). Beccaria préconise en effet «une échelle correspondante de peines, descendant de la plus forte à la plus faible» (*ibid.*: 72). C'est ainsi qu'est mis en forme le médium de «proportionnalité» dans la théorie de la

Beccaria et c'est ainsi aussi que « la nécessité d'aggraver les peines va sans cesse en grandissant» (*ibid.*).

L'aggravation des peines, leur sévérité croissante, n'a de poids sur les consciences que si la peine peut être certaine. Pour Beccaria, l'incertitude des lois non seulement neutralise la portée dissuasive de leurs peines, mais va jusqu'à nourrir les penchants des criminels : «l'incertitude des lois les accoutume au doute quant à l'issue de toutes choses et de leurs crimes en particulier, ce qui ne peut que renforcer les passions qui les y poussent» (Beccaria, 1764 : 170). Beccaria soutiendra finalement que la certitude de la peine est encore un facteur plus important que sa sévérité. Le point de vue est repris ici par le procureur 19.

[PROCUREUR #19] Je n'ai jamais été convaincu, moi, que la lourdeur [sévérité] de la peine ait un véritable effet de dissuasion efficace, pas autant que la certitude de la peine. Je ne suis pas le premier à le dire. Ça fait des siècles qu'on en parle. Beccaria l'a écrit et je pense qu'il a raison.

La théorie de la dissuasion occupe encore une place dominante dans la rationalité pénale moderne et dans le discours des acteurs du système. Certains ont beaucoup de difficulté à imaginer leur travail sans le support cognitif que leur apporte cette théorie. Les propos suivants sont un exemple de ce type de communication :

[PROCUREUR #24] Si je ne croyais pas à la dissuasion, je pense qu'il faudrait que je change de métier. [...] Alors, si je répondais non à cette question, c'est vraiment mettre en doute tout ce que je fais et tout ce qu'on fait dans ce monde du droit criminel.

Comme nous le verrons plus loin, la théorie n'a cependant pas besoin de l'adhésion des acteurs pour se reproduire. Même les acteurs judiciaires qui se sont montrés les plus sceptiques à l'égard des peines contemporaines et de leurs effets de dissuasion ne remettent pas en doute le raisonnement de la théorie: suffisamment sévères et certaines, on considère que les peines produisent de la dissuasion et protègent la société contre le crime. Nous laisserons en plan pour l'instant la théorie de la dissuasion laquelle va revenir de façon constante tout au long de ce chapitre. Elle est en effet l'une des plus manifestes dans les communications qui ont été reproduites par les juges et les procureurs que nous avons interviewés. Regardons maintenant ce

qui se passe du côté de la théorie de la dénonciation.

5.2.3 La théorie de la dénonciation

La sémantique de la dénonciation traverse elle aussi notre matériel empirique et se manifeste dans plusieurs communications. Elle met l'accent sur l'obligation de dénoncer le crime et de réitérer du même coup notre attachement aux valeurs qui ont été froissées par le crime. Les deux communications suivantes s'y réfèrent :

[PROCUREUR #25] Mais pour certains, il faut vraiment punir parce que le geste, la société doit le dénoncer.

[JUGE #21] Dénonciation, oui, ça reflète des valeurs sociales. Lorsqu'un juge dénonce un pédophile, un agresseur sexuel d'enfants, oui, il dénonce le fait que dans la société, c'est inacceptable.

On reconnaît à partir de ces communications, et telle que nous l'avions indiqué dans le chapitre II (2.2.2.3), la fonction expressive et réprobatrice de la théorie de la dénonciation. À travers la peine, c'est ici le droit criminel qui dénonce au nom de la société, au nom de ses valeurs fondamentales. Le problème se pose lorsqu'on fait intervenir dans ce cadre la notion d'«opinion publique» comme critère décisionnel de la détermination de la peine. Nous avons indiqué, dans le chapitre I (1.2.2.3), que bon nombre de recherches sur la notion d'«opinion publique» et la façon dont on la mobilise dans le système de droit criminel, ne se sont pas intéressées aux mécanismes internes de réception de l'«opinion publique» ni à la façon par laquelle les acteurs judiciaires communiquent sur elle. Nous nous étions donnée, pour notre part, comme objectif empirique, celui d'évaluer si le médium «opinion publique» est vraiment mobilisé comme critère décisionnel dans la détermination de la peine; dans l'affirmative, de préciser la représentation que le système peut s'en faire (*du point de vue du système*, est-elle, entre autres, modératrice ou punitive, ouverte ou fermée aux sanctions alternatives?); finalement, d'indiquer les enjeux associés à cette construction sociale de la réalité «opinion publique» pour la détermination de la peine. Nous allons, dans cette section sur la théorie de la dénonciation, tenter de rencontrer ces objectifs.

Considérons, sur l'opinion publique et la place qu'elle occupe dans le droit criminel, le propos tenu par le juge 18 :

[JUGE #18] L'opinion publique peut influencer une décision à plusieurs niveaux. Par exemple, la violence conjugale, la violence faite aux enfants, la violence faite aux aînés. Les gens dans notre société n'acceptent pas ça, de sorte que le juge [en tient compte] s'il a un dossier de violence conjugale, violence face aux enfants, face aux aînés. [...] L'opinion publique, dans ce sens-là, ce sont des valeurs d'une société donnée et dont le juge va tenir compte dans ses décisions, surtout au niveau de la peine. Maintenant, quant à savoir quel est le quantum, combien il va donner, est-ce qu'il va en donner plus pour plaire à l'opinion publique, ça j'ai plus de difficulté avec. Je suis sûr que ça se fait. C'est sûr que ça se fait.

À partir de ce que nous observons ici, si Roberts a pu soutenir que «public opinion is not a *legally* recognized factor at sentencing» (Roberts, cité dans Xavier, 2008 : 29, nos italiques), nous sommes obligée, sur la base de notre empirie, de mettre en avant l'idée que même si l'opinion publique n'apparaît pas de façon explicite comme un critère de décision formel *dans les textes de lois* ou *dans la jurisprudence*, elle semble néanmoins trouver le moyen de se manifester comme telle dans les communications du système. Sur ce point, nos observations rejoindraient plutôt celles de Pires, que nous reprenons ici, lorsqu'il formule l'hypothèse selon laquelle se mettrait en place une «tendance contemporaine à transformer le public en une sorte de "source du droit de punir" non identifiée comme telle» (2001a : 200).

Nos résultats de recherche indiquent que plus souvent qu'autrement, la mobilisation du médium «opinion publique» fonctionne comme un catalyseur, un de plus, pour justifier le besoin de peines sévères, censées répondre aux attentes punitives de la population. En voici deux exemples :

[JUGE #4] On vit dans un système où il faut que la société ait confiance dans le système de la justice et si, l'image qui est projetée, est celle où oui le crime est réprimé, oui le crime est puni, etc., ... ça donne l'impression qu'on vit dans une société où il y a une dénonciation forte, qu'il y a punition et ça c'est important que les gens aient confiance dans le système de la justice pour qu'ils puissent dire: «Oui, la justice, une sentence sévère a été rendue, c'est donc qu'on promet certaines valeurs».

[JUGE #28] Si la société perçoit que les juges, que les tribunaux ne sont pas assez sévères, qu'ils encouragent même la criminalité, ils vont perdre confiance dans cette institution-là. Et alors c'est important pour les juges de prendre ça en considération aussi.

Du point de vue des droits *garantistes* de la personne coupable, le problème apparaît lorsqu'on considère que plaire ou déplaire dans la communication du système, mériter ou ne pas mériter la confiance du public, dépend de la détermination de la peine, du degré de sévérité de la peine, beaucoup plus que de la qualité du fonctionnement global du système. En effet, dans la perspective du système, il semble que la question de la confiance du public ne soit pas reliée à l'observation des règles de procédure, au respect de la loi, des principes et des garanties juridiques du condamné. La question semble davantage dépendre de la force de la répression, de montrer qu'on a été ferme, qu'on a fait preuve d'aucun laxisme dans la punition et que par conséquent, on aura négligé ni les valeurs de la société ni les états forts du public. En paraphrasant Pires, on peut dire qu'effectivement, «la sévérité de la peine semble [...] jouer un rôle central dans la conquête du respect» (Pires, 2001a : 198). Le problème que cela pose par rapport aux droits de la personne garantistes est relié au fait qu'à travers cette théorie, le système de droit criminel saisit l'occasion pour s'auto-décrire comme «un média qui doit envoyer des "messages clairs, limpides et sans équivoques" à son public [et] où "être clair" signifie frapper fort"» (*ibid.*).

Le problème nous fait par ailleurs converger non seulement vers la fermeté de la riposte pénale, mais vers la (sur)valorisation de la peine privative de liberté et l'exclusion des sanctions alternatives. En effet, du point de vue du système, l'opinion publique, telle qu'il se la représente, exige le recours à l'incarcération.

[JUGE #28] Pour la communauté, la façon la plus flagrante de dénoncer c'est d'envoyer quelqu'un en prison. Notre société comprend ça mieux que n'importe quelle autre. Et la société comprend aussi que pour certains crimes, c'est la seule façon franche [d'assurer] la dénonciation de ce genre de crime-là.

[JUGE #4] Les gens dans la société en général vont dire: «Bon ben, il y a les criminels et il y a nous autres; les criminels devraient être jetés en prison, devraient être mis à l'écart, et y devraient être punis sévèrement». Ce n'est pas une réflexion qui est approfondie de la part du public, mais quand la peine est sévère, ça donne confiance aux gens, l'impression que la bonne chose à faire a été faite.

Bien qu'on puisse observer plusieurs « opinions publiques »¹⁸⁹, plusieurs types de mises en forme de ce médium, il semble que le système ait privilégié celle qui coopère le mieux, qui consolide la rationalité pénale moderne, celle qui par rapport à celle-ci n'institue aucune contradiction ou dissonance dans la communication. La mise en forme de l'opinion publique en matière de justice pénale participe à la redondance du système en privilégiant les peines sévères, les peines privatives de liberté et en jetant du coup un voile sur la fonction potentiellement « dénonciatrice » d'autres sanctions juridiques¹⁹⁰ ou non juridiques. Si nos résultats de recherche ont clairement montré que l'« opinion publique » pertinente pour la RPM est celle qui reproduit ses valeurs, nous pouvons trouver dans le réservoir de la mémoire du système pénal d'autres manières très différentes de mettre en forme le médium « opinion publique ». Dans sa recherche historique sur le droit criminel, Allard mentionne que les garanties juridiques « urgentes » décrétées par l'Assemblée Constituante dans un décret du 5 novembre 1879 avaient comme but de « 'rassurer l'innocence, faciliter la justification des accusés, et en même temps honorer davantage le ministère des juges dans l'opinion publique » (Allard, 1869 : 510). On remarque que la mise en forme du médium, au moment de la constitution du droit pénal moderne, était différente : l'opinion publique pertinente était à ce moment celle qui voulait protéger les justiciables et qui surveillait avec méfiance l'exercice du pouvoir de punir. Or, nous n'avons retrouvé aucune trace de cette forme plus ancienne du médium dans notre corpus.

L'« opinion publique » est représentée comme étant hostile aux peines alternatives :

[JUGE #6] Le public est aussi un acteur du système pénal et j'ai l'impression que le public, comme tel, est devenu de plus en plus défavorable, de plus en plus hostile aux peines alternatives...

¹⁸⁹ D'autres mises en forme de l'« opinion publique » ont été concrètement observées ailleurs. Par exemple, les recherches de Roberts et al. ont indiqué que les attitudes du public canadien par rapport aux buts de la peine « have evolved away from a punitive and toward a restorative approach to sentencing » (Roberts et al., cités par Xavier, 2008 : 20). Dans la même veine, Lalande constate pour sa part que « selon les résultats de plusieurs sondages, la mesure [la sanction] la plus populaire est celle qui comporte un dédommagement ou une restitution à la victime » (Lalande, 2007 : 80).

¹⁹⁰ On peut théoriquement imaginer toute une série de sanctions alternatives qui pourraient être investies de la sémantique de la dénonciation, mais on pourrait même considérer que la déclaration de culpabilité dans un tribunal public compétent est en soi une communication juridique dénonciatrice.

[PROCUREUR #12] Pour « Joe Public », ce n'est pas compliqué, c'est prison, et si ce n'est pas prison, il n'y a pas eu de peine.

L'actualisation de la forme punitive et génératrice d'exclusion sociale du médium «opinion publique» par le système de droit criminel, celle-là plus que n'importe quelle autre, montre non seulement la sélectivité du système dans sa manière de concevoir son environnement, mais montre surtout la projection de ses «constructions de sens» sur une «réalité» (l'opinion publique) qui n'existe pas en elle-même. En ce sens, et on rejoindra Luhmann :

[...] l'opinion publique se compose d'acteurs qui pensent réagir à des situations, en tant que personnes ou groupes, suivant en cela des intérêts propres. Leur action n'est pas tant observée en termes de caractéristiques de la situation qu'en termes de caractéristiques de la personne et du groupe (spécificités du parti, idéologies imputées) (Luhmann, 2001b : 39).

La même idée dans nos propres termes : au cœur d'une «opinion publique», ce qu'on retrouve surtout, ce sont les points de vue de ceux et celles qui pensent agir en son nom, qui lui imputent des attentes, alors qu'en fait, ceux qui la mobilisent (acteurs, groupes, systèmes) agissent toujours en leur nom propre et d'une manière qui corresponde bel et bien à leurs propres attentes. Ici, il nous paraît évident que le système de droit criminel projette dans le médium «opinion publique» tout ce qui le caractérise, ses propres valeurs identitaires en termes d'affliction et d'exclusion sociale. Le système enrichit alors la ceinture de protection de ses idées en y ajoutant un autre schéma pour leur reproduction, lequel peut continuer de guider la prise de décisions dans une direction qui soit compatible avec sa tradition cognitive et opérationnelle. On peut en effet ici, parler comme Luhmann, de l'opinion publique comme d'une «réalité construite constructrice» (Luhmann, 2001b : 43).

Les conséquences d'une telle construction constructrice de l' «opinion publique pénale» pour les droits de la personne coupable sont préoccupantes. Devant les attentes normatives que la théorie de la dénonciation institue en référence à celles qu'elle impute elle-même à l' «opinion publique», la protection de la personne coupable ne fait pas le poids dans

l'ordre des priorités : dans la perspective du système, la survie du système (sa légitimité) dépend de la confiance qu'il peut susciter dans le public (et non de la confiance du délinquant dans le système). Dans la communication qui suit, cette polarisation est explicitement représentée et le pôle d'attraction vers lequel le système est invité à tendre est clairement communiqué.

[JUGE #4] Il y a des fois où l'intérêt d'un individu, à mon sens, doit passer après cet intérêt de la société à avoir une certaine confiance dans le système de la justice et dans la dénonciation de l'horreur du crime qui a été commis.

[JUGE #6] C'est là et ça complique parfois la fonction du juge en ce sens que dans une période où l'opinion publique semble plutôt s'orienter vers un durcissement du système...il est peut-être de plus en plus conscient que certaines de ses décisions—notamment à l'occasion d'acquittements, mais parfois aussi à l'occasion de mises en liberté provisoire, mais surtout de détermination de la peine—peuvent heurter l'opinion publique et l'exposer lui-même à des dénonciations, voire à des insultes, etc.

Il est évident que dans un tel contexte, l'innovation cognitive qui voudrait faire déborder, des normes de procédure vers les normes de sanction, les protections individuelles des droits *garantistes* a peu de chances d'être reçue favorablement par la théorie de la dénonciation. À cet égard, la forme attribuée au médium «confiance» (juge 4) est elle aussi problématique : «la sévérité de la peine semble, hélas, jouer un rôle central dans la conquête du respect» (Pires, 2001a : 198). Dans cette vision des choses, les «intérêts du public» sélectionnés par le système sont assignés du côté de la «reproduction du système de pensée» et non du côté de la «production d'un système de pensée alternatif» ou du côté de la production d'idées qui puissent entrer en conflit avec les théories de la peine. Nos résultats de recherche indiquent l'émergence d'une nouvelle tendance communicationnelle – celle qui met en relation confiance-sévérité – qui appuie l'hypothèse qu'il y a eu une évolution du médium «confiance dans la justice» vers cette nouvelle forme. En effet, ce médium a lui aussi déjà été actualisé de façon plus garantiste. Traditionnellement, il était attaché à l'idée de l'impartialité du tribunal et de la modération des peines. Le concept de «confiance dans la justice» visait l'évaluation de la *qualité* des décisions des magistrats. Selon Noreau et Roberge, et d'après l'analyse des décisions du Conseil de magistrature du Québec et de la Cour suprême du

Canada, le concept de «confiance du public» peut être décrit sous cette forme comme une norme déontologique implicite : «la *Confiance du public* est au fondement du devoir déontologique, tant en ce qui a trait aux devoirs d'intégrité qu'aux devoirs d'impartialité et d'indépendance» (2006 : 487). Ces devoirs d'impartialité et d'indépendance ont été traditionnellement reliés, justement, à l'obligation des acteurs judiciaires de rendre des décisions détachées des sentiments de l'«opinion publique».

Pour conclure sur ce point, il est important de souligner que ce n'est pas tant le public qui est problématique en soi, mais ce que la théorie de la dénonciation lui impute comme attentes et comme «opinion» de ce qu'elle conçoit une bonne et juste justice. Comme l'indique Pires, le lien entre le système de droit criminel et le public pourrait même s'articuler de façon innovatrice si seulement une théorie alternative pouvait encadrer cette intégration de façon plus positive.

[...] on ne peut pas dire que l'intégration du public comme une composante de la justice pénale produise nécessairement et dans toutes les circonstances des effets pervers. Ceci est d'ailleurs une question empirique, car elle dépend en bonne partie de comment le droit pénal s'organise lors de cette intégration. Mais pour que l'intégration du "public" puisse s'accomplir de façon innovatrice, elle doit être accompagnée d'un mode de pensée alternatif, tant sur le plan cognitif que de l'auto-organisation normative du système, ce qui est un phénomène aussi souhaitable que rare (Pires, 2001a : 200).

Passons au dernier point de cette partie sur les théories de la peine pour analyser la communication qui se rapporte à la théorie de la réhabilitation.

5.2.4 La théorie de la réhabilitation

Pour la théorie de la réhabilitation, le but de la punition est la réinsertion sociale du justiciable dans la société. Pour ce faire, le traitement (au sens large) pourra—selon le cas—impliquer: l'accompagnement thérapeutique, des formations personnelles et sociales, l'apprentissage d'un métier, etc. L'objectif est de «produire» un «bon citoyen», quelqu'un qui puisse se conformer aux règles de la vie en société et se tenir loin du crime. Ainsi,

contrairement à la théorie de la dissuasion qui se contente, quant à elle, d'assurer la conformité de l'individu par la crainte du châtement, la théorie de la réhabilitation se montre beaucoup plus ambitieuse: l'objectif ultime est la réforme complète d'un individu qui se gouvernera non pas négativement par le peur du châtement, mais bien positivement par l'«envie» de faire le bien et d'agir en «bon citoyen», respectueux des lois. Nous avons relevé les occurrences des énoncés et objectifs de la théorie dans notre matériel empirique :

[JUGE #6] Il faut d'abord se demander ce qu'on entend par réhabilitation, c'est-à-dire un principe, un ensemble de mécanismes d'intervention par lequel, finalement, le prévenu sera réintégré dans la société, décriminalisé en quelque sorte, on en fera un citoyen respectueux des lois.

Nos interlocuteurs ont clairement différencié la théorie de la réhabilitation des autres théories, celles qui constituent le noyau dur de la rationalité pénale moderne (dissuasion, dénonciation et rétribution). Ils reconnaissent notamment la théorie de la réhabilitation comme étant celle qui permet de relier la peine à l'individu et non pas uniquement à son crime. Elle serait ainsi la théorie permettant de faire passer de la théorie à la pratique le principe de l'individualisation des peines:

[JUGE #21] On dit que fondamentalement, une peine doit être adaptée à un individu. C'est pas un crime que l'on sentence, c'est un individu qui a commis un crime. Ça fait toute la différence au monde et c'est la raison pour laquelle on tient compte de facteurs ou même de réinsertion, de réhabilitation, de conscientisation. Tous des éléments qui ont trait à l'humain et non pas au crime comme tel comme quelque chose de purement abstrait dans la société. Encore une fois, l'environnement du système, le législateur et l'opinion publique, en serait la cause.

En se rapprochant des besoins de l'individu et en s'éloignant du crime et de sa gravité, la théorie de la réhabilitation introduit une sorte de dissonance cognitive par rapport aux attentes normatives des autres théories. La communication reconnaît la dissonance tout en reconnaissant que depuis les trois ou quatre dernières décennies, la tendance ait été d'associer davantage la peine à la gravité du crime qu'aux besoins de l'individu.

[JUGE #6] Il y a eu, si l'on l'observe l'évolution des systèmes de justice pénale et des principes de détermination de la peine, depuis 30 ou 40 ans, un certain éloignement à

l'égard du principe de réhabilitation pour imposer des punitions correspondant davantage à la gravité intrinsèque de l'infraction telle que la perçoivent le législateur et l'opinion publique, et aussi pour réaliser des objectifs de dissuasion générale, de dénonciation symbolique de certains comportements.

Il faut dire que devant la cohésion que produisent trois autres théories à l'effet que la peine doit être déterminée en fonction de la gravité du crime, il n'est pas étonnant que la théorie de la réhabilitation fonctionne en marge, devant constamment s'auto-légitimer, convaincre les sceptiques, que ce soient les autres utilitaristes ou les rétributivistes, donnant parfois l'impression que cette théorie est la plus fragile, la plus précaire, la «petite naïve» des quatre, plus souvent qu'autrement « en crise » identitaire... ce qui peut par ailleurs expliquer le terrain qu'elle a pu perdre depuis 30 ou 40 ans.

Nous voulons attirer l'attention sur un aspect surprenant ressorti de notre analyse : la théorie de la réhabilitation semble en effet jouer un rôle inattendu au niveau non pas de l'individu, mais du système. Dans cet usage, la théorie n'a pas comme cible les systèmes psychiques, les justiciables, mais le système de pensée. De toutes les théories de la rationalité pénale moderne, c'est elle qui est invoquée quand l'acteur recherche un effet de modération sur la peine. Les communications qui suivent supportent cette idée :

[JUGE #21] Si on n'avait pas, dans le Code criminel, le facteur de réinsertion sociale, les peines seraient nécessairement plus élevées et d'ailleurs si le législateur veut demain matin que les peines en général au Canada prennent l'ascenseur, c'est simple : ils ont juste à enlever tous les autres critères et laisser un critère, dissuasion et dénonciation et les peines vont monter.

[PROCUREUR #19] Très souvent, quand on veut imposer une peine qui soit plus "douce", on fait appel à la nécessité de réhabiliter et on revient encore une fois à ce critère de raisonnabilité plutôt qu'à la dissuasion.

Dans ces extraits, les acteurs mobilisent la théorie de la réhabilitation contre les autres théories. Ces extraits nous permettent d'envisager un usage de la théorie qui va au-delà des considérations concrètes par rapport à la personne du justiciable. Pourtant, cette théorie est orientée vers les systèmes psychiques avec comme attente d'influer sur la motivation des justiciables. Pourquoi alors l'utiliser dans un sens détaché des individus? Notre hypothèse est

que malgré le fait qu'elle s'y adapte mal, elle semble être quand même la seule théorie qui puisse freiner la logique des théories du noyau dur. La théorie de la réhabilitation semble être la seule, parmi les vocabulaires institutionnels disponibles, qui permette de donner une consistance et une matérialité au principe de la modération. Si un juge veut modérer une peine, il ne semble pas pouvoir compter sur les théories du noyau dur, elles ne semblent pas pouvoir lui fournir des arguments qui puissent supporter une telle décision. En ce sens, la théorie de la réhabilitation joue un rôle essentiel au niveau du système de pensée et elle a un impact déterminant dans l'exercice de détermination de la peine. Cet impact va bien au-delà de tout impact qu'elle puisse avoir au niveau du comportement des individus, cible première de ses énoncés. Ceci dit, de là à dire que cette théorie est celle qui pourra nous amener à sortir de la «bouteille à mouches», c'est une toute autre question. Elle est peut-être plus modératrice relativement aux peines afflictives, mais elle n'est pas elle-même opposée à la solution carcérale: elle demeure fortement attachée à l'idéal de l'exclusion sociale. Elle requiert et considère comme favorable au traitement l'incarcération de l'individu et ce, pour de longues périodes de temps, voire pour des périodes de temps indéterminées, du moins jusqu'à ce qu'on puisse attester du fait que l'individu soit réformé et prêt à être réinséré dans son milieu «naturel». En ce sens, elle ne nous semble pas pouvoir supporter positivement une réception plus garantiste des droits de la personne dans le domaine des normes de sanction.

Un autre obstacle que semble inhiber un certain potentiel de la théorie de la réhabilitation à sortir de la RPM est le fait qu'elle soit entourée d'autres théories qui, elles, favorisent l'affliction comme mode de «protection de la société». Illustrons ces idées avec un exemple concret :

[JUGE #1] Les critères du Code criminel le dictent bien, il faut penser à tout ce qui est réhabilitation, jamais mettre de côté la réhabilitation. Mais en même temps ne pas diminuer la dissuasion, l'exemplarité.

Cette section nous a permis de voir l'occurrence des diverses théories de la peine dans la communication systémique que supportent les juges et procureurs que nous avons interviewés. Chaque théorie a été considérée dans sa différence par rapport aux autres, ce qui nous a permis de les observer isolément, comme les grains de poussière qui constituent le

nuage de la rationalité pénale moderne, pour reprendre ici une analogie de Michel Foucault. Nous allons maintenant abstraire davantage notre propos pour essayer de saisir la sémantique au niveau du «nuage» et montrer ainsi l'aspect systémique de la rationalité pénale moderne sur la cognition.

5.3 Le caractère systémique de la rationalité pénale moderne et ses indicateurs

Dans cette section, nous concentrerons l'analyse sur le troisième niveau d'observation, celui du «système de pensée». Nous voulons montrer avec le support de l'empirie, que certaines idées investies par les différentes théories de la peine se stabilisent et s'organisent à un niveau de généralisation plus «transcendant», celui de la rationalité pénale moderne. Nous avons suggéré dans le chapitre II qu'à ce niveau, les idées ne peuvent que produire de la «divergence convergente»: elles se présentent dans leur différence (divergence des motifs) pour produire et reproduire de la redondance (convergence des pratiques). En d'autres termes, le défi ici est celui d'observer, à travers l'empirie, le «programme d'action» qui s'institue par le croisement des différentes théories de la peine au niveau du système de pensée de la RPM. En tant que «programmes d'action» généralisés, les idées qui structurent le choix des sanctions et celles qui fondent leur légitimité convergent vers les mêmes attentes normatives, de sorte que la spécificité de chaque théorie de la peine devient moins pertinente pour la description sociologique de ce troisième niveau. En tant que «programmes d'action», les théories deviennent solidaires les unes des autres et se renforcent mutuellement autant par les exclusions que par les inclusions (au plan cognitif). Sous cette forme, les théories de la peine deviennent la «bouteille à mouches» décrite dans le chapitre II. Dans la figure qui suit, nous illustrons les «points de cohésion» qui lient entre elles chacune des théories de la peine, formant ainsi, dans les frontières communicationnelles du système cet espace cognitif fermé qu'est la RPM.

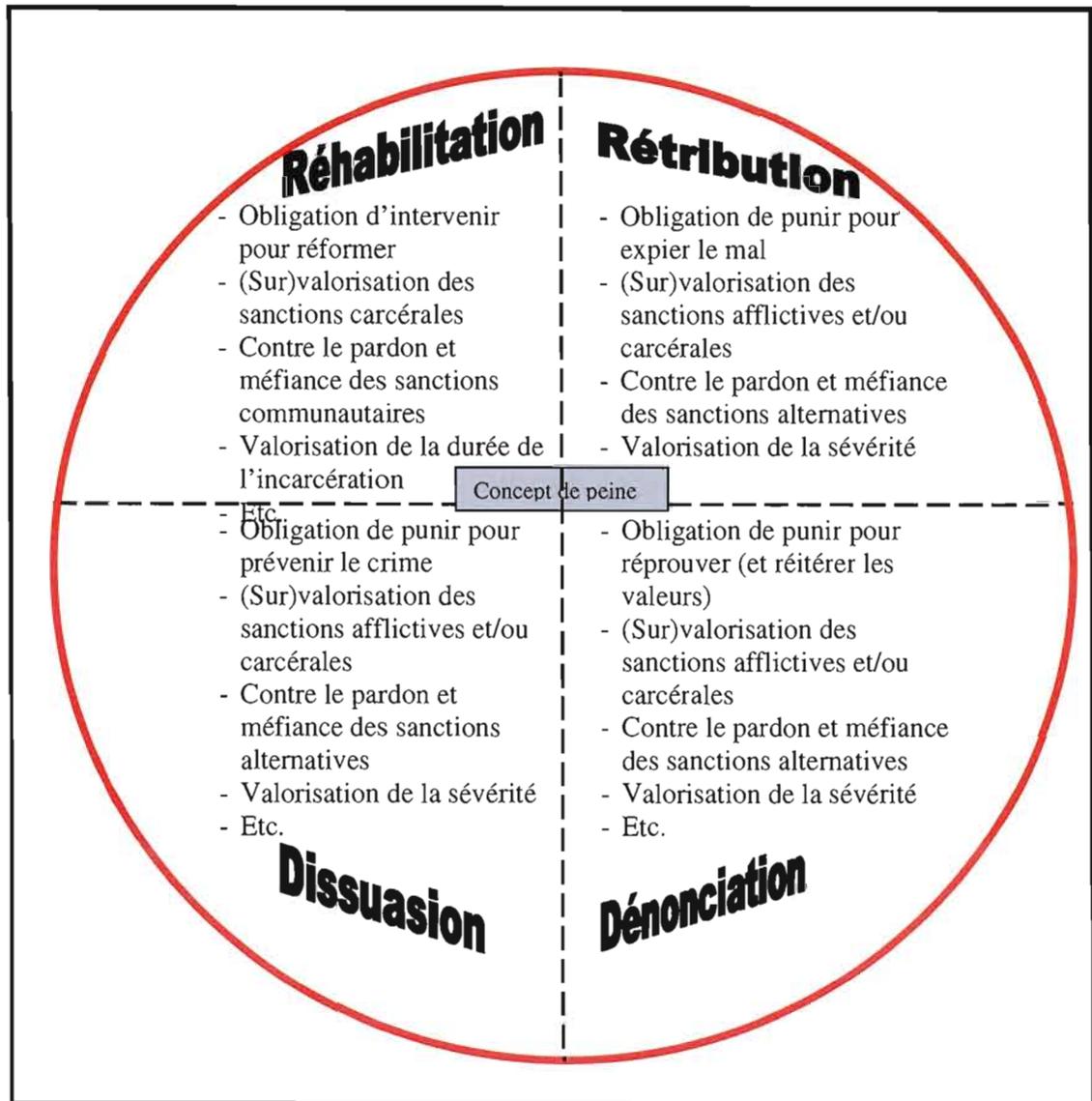


Figure 5.2 La RPM comme espace cognitif fermé

Nous voulons décrire ici les aspects fédérateurs de toutes les théories de la peine, ceux qui marquent leur «clôture» et qui, de là, tracent la frontière entre ce qui appartient à la

rationalité pénale moderne (le *in*) et ce qui reste en dehors de cette rationalité (le *out*). Cette «clôture» dont parle van de Kerchove (1981 : 291¹⁹¹) est en effet un point de cécité commun dans le débat sur le crime et sur la peine.

Nous tenterons de donner une certaine épaisseur à ce cadre cognitif souvent ignoré et dont il faut questionner les fondements peu problématisés. À force de penser «dans le cadre» nous avons oublié de penser «sur le cadre» qu'est la RPM (Pires, 2006b : 24). Nos résultats de recherche indiquent que, pour les acteurs judiciaires, la RPM est la structure cognitive qui leur permet d'observer le monde, qui crée la possibilité même de connaître et de décider. Elle est composée de certaines idées fondamentales qui orientent de façon autoritaire la pensée sur les peines et sur lesquelles, comme nous l'avons établi déjà, elle ne transige pas : au centre se trouvent les idées que punir/intervenir est obligatoire, que le pardon ne résout pas le conflit pénal, que les peines doivent générer de la souffrance et/ou de l'exclusion sociale, que la sévérité ou la durée des sanctions est importante et que les sanctions alternatives, n'étant pas appuyées par aucune théorie, suscitent de la méfiance. Ces idées fondamentales sont partagées par toutes les théories de la peine et c'est pourquoi nous pouvons identifier un système de pensée rigide¹⁹² dans son organisation. Nous avons voulu amener la réflexion dans cette chambre noire, la chambre noire de la RPM, celle qui facilite l'«assemblage de tous les points de vue», en la saisissant empiriquement à partir de nos observations sur le terrain.

L'analyse sera guidée en fonction des quatre traits fondamentaux de la RPM: (5.3.1) l'obligation de punir et la critique du pardon; (5.3.2) la relation des théories de la peine face au problème de la sévérité; (5.3.3) la dévalorisation des sanctions alternatives et (5.3.4) la prison comme peine de référence.

¹⁹¹ Pour un rappel de l'hypothèse de van de Kerchove nous renvoyons le lecteur au chapitre II (2.3).

¹⁹² Ce système d'idées est redoutable et, comme le mentionne Pires, à chaque fois que nous voulons réformer le droit de punir, «nous revenons en vitesse vers le fond [de la bouteille à mouches] et nous recommençons à imaginer des solutions qui renforcent davantage les parois de cette bouteille qui nous étouffe» (Pires, 1998a : 9).

5.3.1 L'obligation de punir (par des peines afflictives) et la critique du pardon

Comme nous l'avons vu, un des traits essentiels de la rationalité pénale moderne est le lien nécessaire entre le crime et la peine : face à la déviance, l'autorité a une *obligation de punir* et la relation peine-crime est une relation non questionnable. Dans la description qu'en fait Pires (1998d : 215), «Par l'agencement d'une série d'arguments sur la punition, le savoir philosophique et juridique a créé un nœud gordien tenace autour de l'obligation de punir à l'époque des Lumières». Ce nœud serait-il relâché après plus de deux siècles? Nos résultats de recherche nous ont convaincue que l'obligation de punir est une idée très enracinée dans la culture judiciaire, autant du côté des procureurs que du côté des juges. Illustration empirique :

[PROCUREUR #30] Alors au terme du procès [parle du cas d'un policier qui a été accusé de violence conjugale] Le condamné a demandé une sentence d'absolution parce qu'une absolution, ça veut dire qu'il n'y a pas de condamnation..., ce qui lui aurait permis de conserver son travail de policier ...parce qu'un policier condamné d'un crime avec violence sera automatiquement congédié, selon les règles déontologiques. Mais—et c'est ce que j'ai dit au juge—j'ai dit : «Moi, je n'en veux pas d'incarcération là-dedans. Je ne veux même pas d'amende là-dedans. Mais ce n'est pas vrai qu'on va l'absoudre. Ce n'est pas vrai! C'est trop grave! Il faut qu'il y ait une sanction. Il faut qu'il y ait un aspect punitif dans tout ça.

Cet extrait est intéressant en ce qu'il montre que même si on peut accepter de remettre en question certains types de peines, dans certaines situations, nous éprouvons un profond malaise avec tout ce qui s'associe à l'idée d'impunité. Le procureur reconnaît qu'une condamnation dans ce cas aurait comme conséquence la perte d'emploi de l'accusé, mais il ne peut tout simplement pas concevoir l'impunité, il ne peut accepter que l'issue de cette procédure pénale ne soit pas dictée par la punition. Dans la communication suivante, le juge (#18) se surprend lui-même à interroger le droit de punir :

[JUGE #18] Mais pourquoi on punit? Alors, pourquoi on impose une peine à quelqu'un? Est-ce que c'est dans le but de le punir? [...] Si c'est dans le but de le punir ou dans le but d'essayer de réparer le tort, de faire en sorte que ça ne se reproduise plus... Quand j'impose une peine à un individu... D'abord, je n'ai pas le choix, parce qu'il a été trouvé coupable. Donc à moins de lui donner l'absolution, il est trouvé coupable et on l'a condamné... Mais autrement, je n'ai pas le choix, il faut qu'il y ait une sanction à une infraction.

Dans cet extrait, le juge observe l'obligation de punir en faisant une distinction: c'est une chose de punir, une autre de réparer un tort. Il a envisagé ainsi la possibilité de réparer un tort sans qu'une punition au sens strict soit nécessaire. Mais la communication n'a pas suivi cette direction. Elle est vite revenue à l'idée que la punition commande ou exige nécessairement une sanction: pour les acteurs judiciaires, dès qu'un individu est déclaré coupable, il doit subir une peine. Aucune théorie classique de la peine ne questionne cette évidence, aucune théorie ne vient à la rescousse de l'alternative: ne pas punir. Devant l'alternative, le système est désemparé, ne sait pas quoi faire si on ne punit pas, même si on considère que dans certains cas on doute de cette obligation de façon passagère :

[JUGE #26] Regardez la question de trafic de stupéfiants, la cour d'appel nous l'a dit : les peines avec sursis, c'est à proscrire, peu importe le degré parce que c'est tellement poison [les stupéfiants], ça fait tellement de ravages dans la société qu'il faut punir. Mais encore là, punir pour punir, c'est stupide et puis vous allez me dire : « ça n'a pas de bon sens ». Mais à un moment donné, c'est ça qu'on fait, parce qu'il n'y a pas de réhabilitation pour beaucoup de ces gens-là; parce qu'ils sont accrocs, parce qu'ils sont amoraux et puis... Multiples raisons. Mais il n'y a rien à faire. Il n'y a rien à faire.

Dans les cas où les individus sont considérés comme «accrocs» et le comportement comme compulsif, dans ces cas où on aurait pu s'attendre à ce que la théorie de la réhabilitation vienne créer—au moins au niveau du discours—une obligation d'*intervenir* et non de *punir*, la gravité du crime prend le dessus (« ça fait tellement de ravages ») et exige une peine, jetant dans l'ombre les besoins de l'individu jugé difficilement récupérable socialement. On peut voir à quel point, par moments, l'apport de la théorie de la réhabilitation est négligeable du point de vue de la recherche de solutions plus positives. Le fait qu'un comportement puisse constituer une menace pour la société semble en effet être ici un motif justifiant automatiquement le réflexe hostile de la punition et l'idéal de l'affliction.

[JUGE #29] J'espère que ma sentence va le dissuader. J'espère que la peine que je vais lui donner ce n'est pas quelque chose qui va lui faire plaisir. *Il faut qu'il sente que c'est une punition* [nos italiques].

La communication illustre cette caractéristique de base de la RPM, la nécessité pour le décideur de se donner comme objectif d'infliger un mal contre l'accusé, convaincu que «seul le mal produit le bien» (Pires, 2006b : 7). Dans la production de la souffrance, et dans un

contexte canadien où les châtements corporels sont interdits et la peine de mort abolie, la prison devient l'alternative par excellence pour toutes les théories de la RPM. Ainsi, l'obligation de punir sévèrement et de faire souffrir va prendre la forme d'une quasi-obligation d'incarcérer.

[PROCUREUR #25] Du moins, le juge Fish citait un auteur pour dire «There's nothing like hearing the slamming of the door» quand tu es en prison. Et je pense que c'est ça. Moi, je me souviens, pour avoir visité une prison où j'avais une cause d'une affaire de prison, je me suis dit en rentrant là : «si je ne comprends pas que je ne dois pas faire ça [commettre un crime] en venant ici, je ne comprendrai jamais». Parce que ça puait, c'était petit, c'était sale. Je ne pourrais pas croire que je puisse vivre avec quelqu'un dans un endroit aussi petit. Et puis honnêtement, d'envoyer quelqu'un là, ça le fait pas mal plus réfléchir, selon moi, que de l'envoyer chez lui à regarder la TV¹⁹³.

.....
 Au Canada, combien de fois vous entendez ça dans des jugements qu'il faut la rétribution...qu'il faut punir le geste que tu as posé? Rarement. C'est toujours «bien là, il faut penser à lui comment il va se réhabiliter». Moi, je pense qu'il y a deux aspects. Peut-être que ça ne réhabilite pas la prison, mais il y a une partie que c'est de la punition. Et moi, c'est comme ça que je vois ça. Vous allez peut-être dire que je suis à droite, mais il faut punir.

Dans cette communication, le système semble éprouver un certain regret du fait que les sentences et les décisions ne soient plus si ouvertement motivées par des arguments de la théorie de la rétribution. Nous aurions pu penser que le fait que la prison ne soit pas envisagée comme un espace favorisant la réhabilitation du justiciable pourrait mener à l'évaluation d'autres sanctions potentiellement plus susceptibles de rencontrer cet objectif qui fait pourtant partie des objectifs «officiels» de détermination de la peine en droit criminel. Mais ce n'est pas ce que nous observons. Au lieu de même envisager d'autres possibilités que la prison, certains acteurs judiciaires préfèrent réviser à la baisse leurs attentes à l'égard de cette institution: l'important, étant d'abord et avant tout de punir. Dans ces cas, la théorie de la réhabilitation reste en périphérie et une préférence est accordée aux autres théories de la peine qui, elles, insistent avec fermeté sur l'importance de punir. Ce genre de raisonnements supporte l'idée que le noyau dur de la rationalité pénale moderne est constitué par les théories de la rétribution, de la dénonciation et de la dissuasion.

¹⁹³ La communication fait ici référence à l'incarcération à domicile, à la « peine avec sursis ».

L'obligation de punir fait partie des traits caractéristiques de la rationalité pénale moderne qui n'ont pas sémantiquement connu d'évolution significative, et ce malgré le fait que l'on reconnaisse, tant sur le plan politique que sur le plan juridique, que le droit criminel et ses peines privatives de liberté doivent demeurer des armes de dernier recours. Rappelons la formule de Kellens: «Le droit pénal ayant pour projet de distribuer des souffrances, il est une anomalie et doit intervenir à titre exceptionnel» (1981 : 320). Dans l'analyse de notre matériel empirique, ce principe de dernier recours brille cependant par une absence quasi complète : dans les communications du système on ne le mentionne pratiquement jamais en tant que limite au droit de punir. A contrario, comme l'indiquent les propos du procureur 25, l'idée que la punition relève d'une nécessité, voire d'une obligation morale—au sens kantien du terme—est fortement présente dans les représentations des acteurs judiciaires.

[PROCUREUR # 25] On devrait punir pour punir. Je sais que je vais à contre-courant mais... Une société qui se respecte, c'est une société qui punit ...

Dans la fermeture de cette représentation du droit de punir, il n'y a évidemment aucune place pour le pardon. En effet, on aurait tout aussi bien pu imaginer que le pardon puisse caractériser une société qui se «respecte», une société qui laisse à ses membres la possibilité que le pardon, ou la réparation, puissent servir de modes de résolution de conflits.

Le thème du pardon n'a pas occupé une place importante dans le discours de nos acteurs judiciaires. Il serait par ailleurs difficile de s'en étonner puisque ni la théorie de la réhabilitation¹⁹⁴, ni la théorie de la rétribution¹⁹⁵, ni celle de la dissuasion¹⁹⁶ ou encore celle

¹⁹⁴ Pour le dire dans les termes du National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline : « the effect of the too free use of the pardoning power is to detract from the *certainty* of punishment for crimes, and to divert the minds of prisoners from the means supplied for their improvement (National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline (1870), dans Gross et von Hirsch, 1981: 55).

¹⁹⁵ Pour ce qui est de la théorie de la rétribution, dans la version proposée par Kant, «l'humanité est étrangère à la justice criminelle et n'a rien en commun avec elle» (Pires, 1998 : 178-179 Histoire vol 2). La «véritable punition» doit être souffrante et douloureuse et être obligatoirement infligée après que la faute a été commise, sans exception. Pour Morris, un rétributiviste plus contemporain, «a high increasing of pardoning would increase the incidence of rule violations» (Morris, 1981: 101). Goldinger considère que «Insofar as mercy involves giving the criminal less than the deserved penalty, the retributivist would consider it unjustifiable» (1974: 7).

de la dénonciation¹⁹⁷ ne le valorisent en tant que mode de résolution de conflits. Lorsqu'il a été évoqué, ce fut toujours de manière extrêmement circonscrite. Depuis Beccaria, mais encore aujourd'hui, le pardon suscite la méfiance car le fait d'admettre le pardon dans les modes de résolution de conflits du droit criminel est souvent conçu comme pouvant porter préjudice à d'autres principes, notamment au principe de la certitude de la peine sur lequel repose la théorie moderne de la dissuasion.

Nos interlocuteurs ont aussi reconnu, et ce à plusieurs reprises, que le contexte du droit criminel, un contexte «guerrier» dans ses fondements et sa philosophie, se prête mal au rapprochement que le pardon pourrait générer entre les parties impliquées dans le conflit. En ce sens, le juge 18 rejette le pardon du simple fait que dans un tel système, le pardon ne correspond pas en soi à une attente stabilisée dans le système lui-même.

[JUGE #18] Si je vous donne trois coups de poing et que je suis trouvé coupable, vous, vous allez encore avoir été la victime des trois coups de poing et si jamais il y avait une possibilité de réconciliation, de rapprochement, le contexte du droit criminel ne s'y prête pas. Pas du tout. On se braque. Les témoins de la poursuite, les témoins de la défense. C'est deux mondes et puis si on veut qu'il y ait une certaine forme de pardon, une

¹⁹⁶ La théorie de la dissuasion a fait une critique des mesures de réparation positives et du pardon, envisagées comme contraires aux buts poursuivis par la théorie. Comme le mentionne Pires, Beccaria «critique toute forme de pardon, qu'il s'agisse de la clémence étatique ou de celle de la victime» (Pires, 1998b : 129). Le pardon est, du point de vue de cette théorie, relégué «au rang de solutions incomplètes, insatisfaisantes, privées ou risquées, y compris vis-à-vis des délits les plus insignifiants» (*ibid.*).

¹⁹⁷ En ce qui concerne la théorie de la dénonciation dont les premières lueurs ont historiquement été mises en évidence dans les travaux de Stephen et de Durkheim, la position de la théorie quant à la possibilité du pardon ne représente aucune innovation par rapport aux autres théories de la peine en ce qu'elle met l'accent sur la peine et ses dimensions afflictives. Stephen insiste sur la peine, sa dimension afflictive et sa sévérité : «punishment is not intended to benefit the sufferer. *It is distinctly intended, to a certain extent, to injure him* for the good of others; and this consideration enters more or less into almost all punishments, and is the dominant one in the cases in which punishments of great severity are inflicted. It reaches its highest point in the case of the punishment of death» (Stephen, 1885: 757, cité dans Lachambre, 2008: 27, nos italiques). Évidemment, dans cette représentation de la dénonciation que l'on associe si intimement aux notions de peine et d'affliction, il est impossible de situer l'acte de dénonciation sur le plan de la déclaration de culpabilité et d'accepter que le pardon puisse se situer comme possibilité en matière de sanction.

certaine forme de compréhension, d'expression de regret de la part de l'accusé, bon, ce n'est pas notre système qui le veut.

Ici, on reconnaît que les individus peuvent, dans leur propre démarche individuelle, s'entendre entre eux, se rapprocher, dialoguer et éventuellement pardonner. Mais on ne doit pas s'attendre à ce que le droit criminel encadre ou facilite d'une quelconque manière la réparation du lien social. En droit criminel, on ne répare pas le lien social brisé entre les parties, «on se braque», la société se braque contre le délinquant et on demande à la victime de participer à cette mise en scène guerrière en livrant son témoignage qui sera lui-même rigoureusement contrôlé, surtout s'il ne reconduit pas les idées fournies par les théories de la peine. En ce sens, on ne remettra pas en question Pires lorsqu'il dit : «que la guerre puisse encore servir de métaphore "officielle" en matière pénale à l'époque moderne, cela ne pose aucune difficulté de démonstration» (Pires, 1998a : 48). Et on peut sans doute, sur ce plan, se mettre d'accord avec le juge 18 : dans un tel contexte, effectivement, le droit criminel ne semble pas pouvoir se prêter à la réconciliation et à un rapprochement entre les parties.

D'autres préoccupations nous ont été communiquées quant à la possibilité de reconnaître le pardon en droit criminel. Le juge 23 nous a fait part de sa crainte à l'effet que la reconnaissance du pardon et les réconciliations plus spontanées qu'il implique entre les parties ne produisent deux modalités sur le plan de la gestion de la criminalité : une déterminée par la procédure classique, formelle et répressive; l'autre par des ententes plus informelles qui seraient établies entre les parties et qui n'impliqueraient pas nécessairement la répression.

On pourra percevoir, en arrière-fond de l'extrait que nous souhaitons soumettre à l'analyse, que le malaise ressenti par le juge 23 devant la possibilité d'instituer une modalité de réconciliation plus positive et moins formelle à côté d'une modalité de répression foncièrement répressive et rigoureusement formelle a trait à une incapacité d'admettre en droit criminel ce qu'on admet plus facilement en droit civil, c'est-à-dire que les parties puissent—dans une certaine mesure—négocier entre elles le mode de résolution de conflit le plus adapté à leurs besoins.

[JUGE #23] Il ne faut pas que la gestion d'un dossier criminel relève que de la volonté des parties. Ça met en péril les intérêts de la société. Il ne faut pas que certains crimes soient poursuivis et [que] certains autres crimes, parce que la victime est à l'aise à ce qu'il n'y ait pas d'accusations, que les accusations soient retirées. On aurait deux poids, deux mesures. Ça serait un régime dangereux pour une société. Mais dans la mesure où le contrôle des parties n'est pas absolu, et c'est le cas, je n'ai aucun problème.

On a ici l'impression, bien que ce ne soit pas explicite dans l'énoncé, qu'une part de la réticence ressentie à l'égard du pardon entre les parties repose sur la crainte que l'institution du droit criminel ne perde sa prérogative sur la gestion des conflits de type criminel. Le juge 23 semble prêt à accepter que l'on confère aux parties une certaine marge de manœuvre dans la mise en forme du conflit et de sa résolution, mais ce serait à la condition que celle-ci puisse être définie et balisée à l'intérieur d'une modalité généralisée, d'une part, et qu'elle ne prive pas, d'autre part, le droit criminel de son pouvoir de détermination sur l'issue du conflit. Autant dire alors qu'une marge de manœuvre pourrait être tolérée, mais dans la mesure où elle n'impliquerait pas de changements significatifs dans nos manières dominantes de penser et de faire justice en matière de droit criminel. On se dit ouvert aux «accommodements raisonnables», mais à condition que ceux-ci n'impliquent pas l'évolution identitaire du système et un renouvellement de sa fonction.

Pour résumer, insistons sur le fait qu'aucune des théories de la peine n'appuie le pardon comme solution à un litige. À ce titre, Nussbaum déplore cette limite qui nous empêche, dans nos modèles de justice, de reconnaître et de valoriser la compassion et le pardon quand bien même l'acte puisse-t-il être répréhensible et condamné. Voici comment l'auteure exprime cette limite:

[...] the merciful attitude to punishment still comes in for ridicule, as the notion of deliberation based on sentiment still gets repudiated and misunderstood, as a simple form of retributivism has an increasing influence on our legal and political life. (...) As judges, as jurors, as feminists, we should (...) while judging the wrong to be wrong, still cultivate the perceptions, and the gentleness, of mercy (Nussbaum, 1993: 125).

Cette dernière idée qui interpelle le pardon comme faisant partie d'un idéal de justice est très importante car elle ouvre sur de nouvelles possibilités en ce qui concerne la détermination de la fonction du droit criminel. En effet, Nussbaum attire l'attention sur le besoin de distinguer notre désapprobation du comportement de la manière d'y réagir et de la

nécessité de le punir. Rien n'empêche que la réaction puisse inclure la possibilité du pardon et être tempérée par des exigences de modération, en même temps que la désapprobation du comportement demeure forte et vigoureuse sur le plan communicationnel et symbolique. Bien sûr, une telle conception de la Justice impliquerait que l'on puisse se libérer de l'immuable relation crime-peine et des impératifs qu'elle suscite sur le plan de l'intervention.

5.3.2 Les théories de la peine face au problème de la sévérité (affliction et/ou exclusion sociale)

Dans cette section, nous nous proposons de traiter d'un thème central, celui de la sévérité, impératif qu'instituent les théories de la peine et qui semble créer des effets d'inhibition sur la sémantique des droits de la personne comme support de réflexion potentiel à la transformation des normes de sanction et des idées qui s'y rattachent. L'idée que nous voulons approfondir ici, en tirant profit de l'empirie, est l'idée que nous avons exposée dans le chapitre théorique (II) : aucune des théories de la peine de la première modernité n'est en mesure de contrer la sévérité des peines ou de favoriser de façon déterminante le principe de la modération du châtement.

La première chose qu'on remarque, c'est qu'au cœur des théories de la peine, si on débat de sévérité, la préoccupation première concerne alors les degrés de sévérité, les limites maximales ou minimales de l'affliction pouvant être légitimement distribuée. Toutes ces théories—mise à part peut-être la théorie de la réhabilitation qui insiste moins sur la sévérité de la peine que sur la durée de l'incarcération—accordent à la sévérité une place de premier choix dans les motifs justifiant les modes d'intervention répressifs du droit criminel moderne. Au-delà des différends qui peuvent se manifester autour de la question du *quantum*, le consensus autour de la valeur de la sévérité crée l'effet de système dans la rationalité pénale moderne. En d'autres mots, la sévérité est un thème fédérateur de toutes les théories de la peine. Sur cette question de la valeur de la sévérité, aucune théorie ne peut par rapport aux autres se présenter comme une alternative—pas même la théorie de la réhabilitation laquelle, sans valoriser la sévérité des peines, la tolère et même en profite dans la mesure où cette

sévérité se traduit généralement par de longues périodes d’incarcération et donc par de plus longues périodes de traitement en milieu correctionnel.

Chacune des théories contient des règles pour la distribution de la sévérité ou pour la justifier : dans le cas de la théorie de la réhabilitation, il y a le cas des personnes jugées «irrécupérables», dans la théorie de la rétribution, l’obligation que la peine corresponde le plus possible au crime selon un concept horizontal de proportionnalité, pour toutes les théories, le concept de gravité du crime¹⁹⁸, le potentiel de récidive¹⁹⁹, etc. En d’autres mots, chaque théorie de la peine a insisté sur des motifs spécifiques pour justifier ou même valoriser la sévérité des peines, un effet systémique est créé du fait que toutes renforcent de façon homogène l’idée que les peines doivent être sévères. Nous aborderons ici le thème des peines minimales, sous l’angle de la sévérité qu’elles impriment dans le système et des difficultés que cela peut créer pour ceux qui doivent appliquer la loi.

¹⁹⁸ Roberts considère qu’il y a deux principes universels dans la détermination de la peine qui unissent toutes les juridictions pénales : la prise en compte de la récidive (que nous venons d’analyser) et le principe de la proportionnalité de la peine en fonction de la gravité de l’infraction. Dans une acception assez large, l’idée est que la peine doit augmenter en sévérité selon la gravité jugée plus sérieuse de l’infraction (Roberts, 2008 : ix). Cet auteur, en se basant sur nombre de recherches empiriques, considère que la gravité de l’infraction est le facteur le plus important dans la détermination de la peine (2008 : 2). Ce principe est par ailleurs codifié aujourd’hui. Le Code criminel stipule dans son article 718.2 que «La peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant».

¹⁹⁹ Comme le souligne Debuyst, le récidivisme est une réalité, mais une réalité qui correspond à une construction du système pénal : «Le critère de récidive, et par le fait même la récidive elle-même, c’est-à-dire une nouvelle délinquance enregistrée, reflète plus la réaction du système pénal, et le comportement de ses acteurs que les comportements délinquants qu’un tel critère est censé mesurer» (1982 : 130-131). La récidive interpelle surtout la théorie de la dissuasion, laquelle, au lieu de se remettre en question et de reconnaître ses limites (apprentissage), se réitère dans ses principes fondamentaux : comme en témoigne notre empirie : «[PROCUREUR #17] Si la peine initiale n’a pas été de nature à décourager cet individu à commettre une nouvelle infraction, quel autre choix qu’on a comme société? Il sera détenu pour les deux prochaines années, et puis là, il revient, il commet la même affaire. Mais très bien, alors tu seras détenu pour les quatre prochaines années. On va te retirer de la société parce que visiblement, tu ne comprends pas le message que dans la société dans laquelle on vit, ce sont des choses qu’on n’accepte pas»; «[JUGE #23] Il y a des dissuasions générales et puis il y a la dissuasion spécifique. Si on a un *repeat offender*, je m’excuse, mais il faut que lui ou elle comprenne à un moment donné qu’il y a un prix à payer au comportement. La société a aussi le droit de se protéger. Et c’est correct comme concept, ça». Couvrat (1982 : 23) propose un tout autre positionnement par rapport à la récidive. Pour l’auteur, «il n’est pas sûr que la responsabilité doive être aggravée du seul fait que l’individu a déjà été condamné pour la même nature d’infractions. On pourrait même soutenir le contraire, l’habitude affaiblissant la volonté» (Couvrat, 1982 : 23).

Les théories de la peine fournissent aux acteurs toutes sortes de points d'ancrage à l'idée que la peine doit être sévère. Si l'une des théories se déclare satisfaite d'un certain degré de sévérité «modérée», une autre prendra la relève pour combler le manque à gagner. L'extrait suivant exemplifie l'idée que nous voulons transmettre ici :

[PROCUREUR #30] Alors, ce que le juge a fait en première instance [le locuteur se réfère à un cas de voies de fait ayant occasionné des séquelles graves et permanentes à la victime], le juge a décidé de prioriser la dénonciation et la dissuasion générale en disant qu'au niveau de la dissuasion individuelle, il [l'agresseur] avait probablement eu sa leçon. Il était détenu depuis la judiciarisation, donc depuis six mois. Il exprimait des remords, semblait sincère dans ses remords. Alors le juge a dit que ce n'était peut-être pas nécessaire [de punir sévèrement], du point de vue de la dissuasion individuelle, mais au niveau de la dissuasion générale, de l'exemplarité, de la dénonciation, il fallait absolument prononcer une sentence sévère.

Bien qu'on avait reconnu ou du moins présupposé la dissuasion spécifique chez l'agresseur et qu'on se soit senti rassuré par rapport à l'avenir et aux risques de récidive, la dissuasion générale et la dénonciation, elles, continuaient d'exiger ce que la dissuasion spécifique n'exigeait plus : la sévérité de la peine, la marque de l'affliction. Ici, c'est la dissuasion générale et la dénonciation qui exigent la sévérité, mais si on devait renverser les variables, on arriverait au même résultat. Si on devait reconnaître la dissuasion générale et la dénonciation du comportement sans toutefois pouvoir reconnaître la dissuasion spécifique et se dire rassuré quant aux risques de récidive, la sévérité vient à nouveau apaiser nos angoisses et s'imposer comme un impératif incontournable. Nous pouvons saisir ici empiriquement sur le plan des communications du système comment les théories de la peine, en tant que vocabulaires des motifs à la disposition des acteurs judiciaires, ont des effets importants, souvent associés à une augmentation de la sévérité, sur le plan de la détermination de la peine. Ce lien est ici empiriquement représenté dans les propos du procureur 27 pour qui «le message est aussi important que le quantum de la peine mais il faut que le message soit conséquent avec la peine; une peine trop petite ça envoie un mauvais message». Ou les acteurs considèrent que si la criminalité augmente c'est que le message n'a pas passé et alors la théorie revient sur elle-même (sans jamais se remettre en question) pour nous suggérer un peu plus de la même chose, c'est-à-dire une solution définie dans le cadre

de la théorie et qui privilégie une sévérité accrue. L'extrait suivant nous permettra de mieux saisir ce type d'argumentation :

[PROCUREUR #17] Et malheureusement, le nombre de crimes augmente. Alors visiblement et ma perception de ça, c'est que le message de dissuasion générale ne passe pas. Et si les tribunaux rendaient des décisions soit plus étoffées, ou plus sévères, ou les deux, probablement que le message passerait mieux.

On voit ici la logique interne sur laquelle repose la théorie de la dissuasion : plus la peine sera sévère, plus elle sera susceptible de produire l'effet de dissuasion tant attendu. Il ne s'agit alors pas tant de dénoncer le comportement, mais de le prévenir par l'entremise de la crainte véhiculée par le message. Cet argument que supporte la théorie de la dissuasion nous amène à croire que non seulement la sévérité de la peine peut-elle freiner le crime, mais elle peut—et doit—par ailleurs freiner l'«épidémie», comme si le message généralisé que véhicule la peine était le seul garde-fou nous permettant de contrôler le problème de la criminalité dans des proportions normales (au sens mathématique ou statistique du terme)—autant dire le seul garant du Contrat social et des valeurs fondamentales de la société (Pires, 1998a :52). Sans ce garde-fou que représentent la peine et sa sévérité, rien ne pourrait alors freiner l'engouement pour le crime et empêcher que le problème passe de la normalité statistique à l'anormalité catastrophique. Dit autrement encore, et en poussant à l'extrême — voire en *pervertissant*—l'argument (comme le fera d'ailleurs le juge 3 dans le prochain extrait), un «délire logique», pour reprendre l'expression de Morin (1990 :155)²⁰⁰, pourrait même nous amener à voir dans une peine trop clémente une forme d'encouragement au crime; ce qui, selon le juge 3, justifierait en tout temps des peines sévères quand bien même certains cas exceptionnels, comme celui de Robert Latimer, auront pu susciter en nous plus de compassion que d'indignation.

[JUGE #3] Oui, ça va certainement dissuader des gens. Si on lui avait [simplement] dit: «Ah ben, Monsieur Latimer, là, on va vous donner une probation. Ne recommencez plus!» Je pense qu'on aurait eu un fléau de cas d'euthanasies ou de quelque chose du genre, [un fléau] de crimes similaires.

²⁰⁰ Morin appelle « délire logique », un «délire de cohérence qui cesse d'être contrôlé par la réalité empirique» (Morin, 1990 : 155).

Si dans cette perspective, une peine modérée est conçue comme véhiculant le mauvais message, que dire du pardon qui n'implique aucune forme d'affliction? Le pardon, comme possibilité, est non seulement discrédité parce qu'il est dit peu ou pas dénonciateur, peu ou pas dissuasif, il est aussi discrédité par ailleurs parce qu'il représente un incitatif dans le processus décisionnel du passage à l'acte. Croyant que le pardon pourrait m'être accordé si je commettais tel ou tel crime, même si je n'avais jamais pensé à le commettre, la possibilité du pardon m'y fait non seulement penser, mais elle m'y donne le goût. Pour plusieurs de nos interlocuteurs, il s'agit presque d'une loi de la nature, ou en tout cas d'une idée difficile à remettre en question : «C'est sûr que plus la peine est lourde, plus elle est dissuasive» (procureur #24).

On remarquera par ailleurs qu'une fois prisonnière de cette logique, la pensée s'engage dans une voie à sens unique. S'il nous fallait harmoniser les peines, la dissuasion n'indique qu'une manière de faire et en dissimule une autre dans notre angle mort : l'harmonisation des peines ne peut se faire qu'en augmentant la sévérité des peines rattachées à certains crimes jugés plus graves et jamais en diminuant la sévérité des peines rattachées à certains autres crimes jugés moins graves. Réduire la sévérité des peines est une option qui ne peut être réconciliée avec les injonctions de la théorie de la dissuasion. Le juge 23 en est bien conscient :

[JUGE #23] La dissuasion générale *doesn't work* en baissant la peine. C'est un facteur qui ne peut qu'augmenter une peine...

Contrairement à la théorie kantienne de la rétribution, laquelle repose sur un principe de proportionnalité horizontale—c'est-à-dire que le mal infligé par la peine étatique doit être parfaitement égal au mal engendré par le crime—la théorie de la dissuasion, elle, repose plutôt sur un principe de proportionnalité verticale, c'est-à-dire que le mal infligé par la peine doit surpasser les bénéfices associés au passage à l'acte. En ce sens, les juges 8 et 12 auront raison de dire qu'en prenant comme point de référence la théorie de la dissuasion dans le processus de détermination de la peine, cela ne peut que nous entraîner vers des sommets de sévérité qu'aucune autre théorie ne nous aurait permis—au sens d'autoriser—d'atteindre.

[JUGE #8] Bien, c'est-à-dire que si on applique la dissuasion, si le principe de la dissuasion prime, doit primer dans une cause donnée, c'est sûr que la peine va être plus sévère qu'autrement.

[PROCUREUR #12] *General deterrence*, ok. *General deterrence*, c'est garanti, on va punir plus sévèrement l'individu qu'autrement.

En somme, non seulement la théorie de la dissuasion ne comprend pas de mécanismes de contrôle suffisamment puissants pour faire contrepoids à tous les autres mécanismes favorisant toujours plus de sévérité, mais on peut même aller plus loin et dire que la sévérité et la possibilité de l'augmenter sans cesse sont les conditions *sine qua non* à la réalisation de la théorie dans son plein potentiel. Sans la sévérité et la possibilité de l'augmenter, la théorie ne peut plus opérer et se reproduire.

Dans plusieurs communications, des effets similaires sont observables sur la pensée lorsque celle-ci se réfère à la théorie de la dénonciation. On change de théorie, mais on garde le cap sur la sévérité. Dans des mécanismes semblables à ceux développés par la théorie de la dissuasion, la théorie de la dénonciation semble elle aussi nous entraîner vers des sommets de sévérité, la tension s'exerçant aussi vers le haut de l'échelle et non vers le bas.

[JUGE #5] La dénonciation, c'est sûr que, dans mon esprit, la dénonciation et la dissuasion générale, effectivement ça milite en faveur de peines plus sévères. Lorsqu'on sent le besoin d'affirmer ces objectifs sentenciers, ça exerce une pression à la hausse sur la peine.

Cette «pression à la hausse» que la dénonciation exerce sur les peines explique pourquoi elle non plus ne peut pas limiter la sévérité des peines. Du même coup se trouvent compromises les sanctions alternatives, car ni la dissuasion ni la dénonciation n'offrent de support théorique à ce type de sanctions. Sur ce point, les théories de la dénonciation et de la dissuasion ne se distinguent pas. Voyons maintenant comment s'articule le rapport entre la théorie de la rétribution et la sévérité.

Cette articulation apparaît avec toute sa force à travers la notion de mérite. Pour le juge 26, la détermination de la peine n'est pas une affaire de dissuasion, ce n'est pas tout à fait non plus une affaire de dénonciation, c'est une affaire de mérite.

[JUGE #26] Non, je pense que la majorité des juges, et puis comme je vous dis, moi aussi je vais avoir rendu des peines sévères et puis moi aussi, je vais en rendre des peines sévères et c'est parce que le crime mérite cette sanction-là.

La notion de mérite, on la retrouve au fondement même de la théorie kantienne de la rétribution²⁰¹. Chez Kant, l'être humain était conçu comme un être libre, capable en tout temps de déterminer sa volonté et de l'orienter vers le bien plutôt que le mal. Dans cette conception kantienne du libre arbitre, l'individu commet une faute dès lors qu'il *choisit* d'orienter sa volonté vers le mal plutôt que le bien. Cette faute commise porte atteinte à la Moralité et à la Justice—plutôt que la protection de la société—qui exigent la rétribution du mal. En ce sens, l'être humain, libre d'orienter sa volonté et d'arbitrer ses options entre « faire le bien » et « faire le mal », mérite le mal étatique dès lors qu'il a librement choisi de porter préjudice à la Moralité et à la Justice suprême. La peine, chez Kant, n'est toutefois pas justifiée par l'indignation ou par la haine que suscite le crime—Kant est clair sur ce point : « le châtement ne doit jamais être, en quoi que ce soit, dicté par la haine » (Kant, 1797 : 180)—la peine est plutôt justifiée parce que l'individu se l'est lui-même librement mérité.

Évidemment, dans la forme de ce rapprochement entre « mérite » et « vengeance », la proportionnalité horizontale qui pourtant sert de principe fondamental à la détermination de la peine rétributive peut difficilement retenir les élans de sévérité : il ne s'agirait alors plus de déterminer une peine égale au mal engendré par le crime, il s'agirait plutôt de déterminer une peine qui puisse correspondre à notre degré d'indignation collective et traduire en souffrances individuelles la haine qui nous habite²⁰².

²⁰¹ Dans des formulations plus récentes du rétributivisme, la notion de mérite demeure un point d'ancrage dans la légitimation du droit de punir (Brodeur et Landreville, 1979 : 37), mais on note certaines modulations sémantiques qui provoquent des glissements de sens importants. On remarque en effet que dans certaines acceptions du rétributivisme contemporain, le médium de « mérite » a permis le développement de formes qui se rapprochent, voire s'inscrivent carrément dans une logique vindicative fondée sur l'indignation et sur la haine qu'aura suscitées le crime chez le juge et/ou dans la « conscience collective ». Ce sont par ailleurs ces glissements de sens qui vers la fin des années 1960 amèneront la Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle à recommander l'abandon des perspectives rétributivistes comme fondement du droit de punir. Comme l'expliquait Dubé, les motifs amenés par la Comité pour justifier le retrait ont reposé sur l'idée que cette théorie serait prédisposée à nourrir des « instincts » de vengeance, motifs considérés « absolument inacceptables pour toute collectivité dont les mobiles sont rationnels » (CCRPC, 1969 : 202, cité dans Dubé 2008 : 276).

La seule théorie de la peine qui a semblé pouvoir représenter un frein à la sévérité, c'est la théorie de la réhabilitation. La théorie de la réhabilitation, lorsqu'elle intervient dans le processus décisionnel de la détermination de la peine, semble en effet orienter la décision vers des peines moins sévères que celles qu'auraient suggérées les théories de la dissuasion, de la dénonciation et de la rétribution. Dans l'esprit du juge 8, et on le voit très clairement à partir de ces propos, la perspective de la réhabilitation sociale de l'individu semble incompatible avec les sommets de sévérité que nous serions autrement portés à vouloir atteindre si nous nous laissions entraîner par la perspective de la dissuasion. Voici comment il pose le problème :

[JUGE #8] Bien, c'est-à-dire que si on applique la dissuasion, si le principe de la dissuasion prime, s'il doit primer dans une cause donnée, c'est sûr que la peine va être plus sévère qu'autrement. Si j'applique le principe... si je donne préséance au principe de la réhabilitation, la peine va être moins sévère. C'est clair.

Toujours en référence à notre matériel empirique, le problème de la sévérité se pose aussi de façon très particulièrement évidente par rapport aux peines minimales d'emprisonnement. Il n'est pas sans signification de relever le fait qu'une seule fois, dans toute l'histoire du Canada, une peine minimale a été cassée par la Cour suprême du Canada avec comme fondement son inconstitutionnalité : en 1987, cette Cour a en effet considéré, dans l'arrêt *Smith*²⁰³, qu'une peine minimale de sept ans pour importation ou exportation de stupéfiants constituait une peine cruelle et inusitée²⁰⁴. La disposition qui prévoyait cette peine minimale a

²⁰² Il faut sans doute remarquer ici à quel point la théorie de la rétribution facilite l'argumentation. Il ne s'agit plus de démontrer si la peine dissuade ou non, il s'agit de démontrer si l'individu mérite la peine ou non. La démonstration est peu exigeante; elle s'établit à un niveau purement procédural : à partir du moment où l'on reconnaît la culpabilité de l'individu—et nous revenons au problème du droit de punir conçu comme une obligation de punir—on reconnaît que l'individu, du point de vue du droit, mérite de fait une peine. Quelle peine? Quelle sévérité doit-elle refléter? Tout dépend encore une fois de la notion de mérite, mais de la notion de mérite au sens, non plus procédural, mais au sens quasi « organique », c'est-à-dire ayant trait à l'indignation et à la haine que le crime suscite dans la personne qui juge.

²⁰³ *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

²⁰⁴ En 2000, on a tenté de contester la constitutionnalité de la peine minimale de quatre ans pour négligence criminelle causant la mort dans le cas d'utilisation d'une arme à feu, mais en vain : la

ainsi été invalidée sur la base de son incompatibilité avec les dispositions de la Charte. Au Canada, dans certains arrêts de la Cour suprême, on retrouve des juges qui ont tout de même tenté d'arguer que toute peine d'emprisonnement minimale est d'office inconstitutionnelle. L'argument principal a été développé sur la base du principe que la peine minimale limite la possibilité de prendre en compte les circonstances particulières de l'infraction. On l'a alors dit contraire à l'article 9 de la Charte car elle serait arbitraire par définition. L'honorable juge Lambert a défendu cette opinion minoritaire dans les arrêts *Konechny* et *Smith* (Larochelle, 1988 : 263).

[La] détermination à l'avance par le législateur ne tient pas compte du contrevenant lui-même ni des circonstances ayant entouré la perpétration de l'infraction. À cet égard, elle est arbitraire et l'emprisonnement qui en résulte est lui aussi arbitraire²⁰⁵.

Si l'avis du juge Lambert avait prévalu, «les législateurs canadiens et provinciaux ne pourraient plus imposer de peine d'emprisonnement minimale» (Larochelle, 1988 : 263). Or, l'opinion du juge Lambert n'a pas été retenue par la majorité et depuis, plus aucune peine minimale ne fut considérée contraire à la Charte²⁰⁶.

Au lieu de provoquer et d'alimenter une remise en question plus générale de la question des peines minimales, l'argumentaire du Juge est resté circonscrit au cas très limité du trafic de stupéfiants. De manière générale, on continue de considérer comme acceptable les peines minimales, mais on reconnaît que dans l'affaire *Smith*, la peine minimale de 7 ans était quelque peu injustifiée *par rapport à la gravité du crime*—et non pas injustifiée par rapport aux entorses infligées au pouvoir discrétionnaire du juge.

même Cour Suprême (suprême) reconnut alors la constitutionnalité de cette peine (Raaflaub, 2006 : 1). Voir à ce sujet : *R. c. Morrissey*, [2000] 2 R.C.S. 90.

²⁰⁵ *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, au par. 21.

²⁰⁶ Dans ce contexte, le Code criminel canadien prévoit aujourd'hui à peu près une quarantaine de peines minimales d'emprisonnement obligatoires. Les comportements suivants sont concernés : meurtre, haute trahison, paris illégaux, les infractions avec usage d'armes à feu ou d'autres armes, les infractions d'ordre sexuel à l'égard des enfants et la conduite avec facultés affaiblies (Raaflaub, 2006 : 1).

[JUGE #20] Là il s'agit de situations où il peut y avoir inadéquation entre la peine et le crime et l'exemple qui a été écarté, c'était cette peine minimale de sept ans d'emprisonnement qui pouvait être mise en jeu par le simple fait de traverser la frontière avec une cigarette de mari [marijuana].

Ce qu'on n'a pas retenu, ou ce sur quoi nous n'avons pas voulu débattre—du moins pas encore—c'est sur le fondement de la critique formulée par le juge Lambert. Le fondement de sa critique n'est pas circonscrit au cas Smith, il est bel et bien généralisé et généralisable en ce qu'il concerne le pouvoir discrétionnaire du juge et la possibilité de pouvoir tenir compte des circonstances particulières du crime et de la personnalité du délinquant pour déterminer une peine « juste » et « équitable ».

Dans une perspective évolutionniste—pour ne pas dire (trop?) optimiste—il faut tout de même considérer les fondements de l'argumentation que nous a proposée le juge Lambert dans l'arrêt Smith comme faisant désormais partie de la « mémoire » du système juridique canadien. En effet, même marginales, les dissidences introduites dans les jugements des tribunaux connaissent une forme de matérialisation—assurée par l'écriture—laquelle permet qu'on puisse en tout temps s'y référer. Luhmann insiste: «Dissenting opinions among judges are not glossed over but are made public in order to make the adversarial structure of reasons available for future reference» (Luhmann, 1993: 329). Ainsi, le fait que les arguments défendus par le juge Lambert n'aient pas conquis la majorité de la Cour suprême ni influencé nos manières de penser les limites des peines minimales au Canada ne veut pas dire que l'arrêt Smith soit exclu de la mémoire du système; il est donc en tout temps disponible aux acteurs qui voudraient se faire « catalyseurs » de nouveaux sens.

Théoriquement, rien n'empêcherait en effet que le point de vue défendu par le juge Lambert ne soit réactualisé par d'autres juges ou d'autres acteurs dans l'avenir, lesquels, ce faisant, stabiliseraient ainsi les idées dissidentes/innovatrices de l'arrêt Smith et leur donneraient un ancrage institutionnel plus solide dans la mémoire du système. Dit autrement, ni la dissidence ni l'effet du temps ne peuvent invalider le fait que l'arrêt Smith fasse désormais partie du réservoir cognitif du système et des matériaux disponibles pour la fondation des décisions à venir. La dissidence et le moment de l'innovation ne sont sans

doute pas suffisants pour permettre de briser la redondance ou pour servir de référence dominante à la prise de décisions, mais la dissidence et le moment de l'innovation n'en sont pas moins des étapes importantes dans le processus de transformation de l'ordre établi.

Ceci dit, à cet « optimisme » s'oppose la réalité qui, elle, indique clairement que l'arrêt Smith n'a pas encore pu donner le coup d'envoi pour une remise en question sérieuse des peines minimales dans l'histoire judiciaire canadienne. L'arrêt Smith n'a en effet donné lieu à aucun principe général susceptible de limiter, encore moins de renoncer complètement à l'usage des peines minimales en droit pénal canadien. La Cour suprême, en tant qu'instance judiciaire de dernier recours, ne reviendra sans doute jamais—du moins pas dans les mêmes termes—sur le problème des peines minimales, faisant à ce jour de Smith un événement isolé.

Or, il semble tout de même qu'on ne puisse écarter du revers de la main que les peines minimales demeurent à plusieurs égards incompatibles avec certains principes fondamentaux chers au droit criminel ou à tout le moins difficilement réconciliables avec des principes comme celui de la modération par exemple, celui de l'adéquation de la peine aux circonstances qui entourent le crime, celui de l'individualisation des peines, celui de l'emprisonnement comme mesure de dernier recours. En dépit des incohérences qu'elles provoquent dans les orientations fondamentales du système, les peines minimales ne sont non seulement pas considérées comme pouvant être frappées d'inconstitutionnalité, mais elles semblent profiter du couvert de la sévérité pour neutraliser tout débat à leur sujet.

Il n'en reste pas moins qu'elles créent souvent un malaise chez les juges qui voudraient parfois faire valoir les principes fondamentaux du droit pour justement favoriser le discernement sur le plan de la détermination de la peine, surtout en ce qui concerne l'individualisation de la sanction.

[JUGE #18] Les peines minimales d'emprisonnement, j'ai de la difficulté avec ça. Pourquoi? Parce que ça empêche de tenir compte de l'évolution que peut avoir un individu ou de sa personnalité, de tout. On impose généralement quatre ans, peu importe, et on parlait de créativité. Ça empêche la créativité, ça empêche, comme je vous dis, d'avoir une sentence individualisée. Alors, j'ai de la difficulté avec ça.

Les décisions judiciaires qui ont été rendues dans l'affaire Latimer ont fait intervenir l'intransigeance des peines minimales là où pour certains juges, d'autres principes de droit auraient pu prévaloir et faire triompher sur la justice «pré-fab» du législateur celle du judiciaire qui, pour certains, se serait voulue plus conciliatrice envers les particularités du cas en question. C'est en tout cas le point de vue du juge 28 qui regrette ici, dans ce cas bien précis, les entorses que provoquent les peines minimales dans les principes fondamentaux du droit et dans l'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge :

[JUGE #28] Écoutez, il y a des circonstances où la peine minimale n'est pas justifiée. Vous prenez la fameuse cause de Latimer où, oui, il a tué sa fille, il l'a admis et tout ça. Mais on l'a puni, lui, Latimer, pour un crime commis par sympathie, par charité, etc. On l'a puni avec la même peine minimale qu'un individu qui commet un meurtre pour des crimes pas mal plus sérieux. Une sentence à vie sans libération avant 10 ans dans le cas de Latimer, d'après moi, ce n'était pas justifié.

Pour certains juges, cette atteinte que les peines minimales portent au pouvoir discrétionnaire des acteurs impliqués dans la détermination de la peine, elles la portent du même coup aux droits de la personne, aux droits du justiciable à un procès et éventuellement à une peine juste et équitable. Or, les caractères juste et équitable de la peine sont, selon nos juges et procureurs, directement reliés à la possibilité de pouvoir adapter la peine à la complexité des différents cas judiciairisés. La tendance actuelle qui est celle de favoriser de plus en plus les peines minimales constituerait ainsi un obstacle à la pénétration des droits de la personne en matière de détermination des peines. Les communications suivantes illustrent cette idée :

[JUGE #5] Moi je te dirais que plus on a de la marge de manœuvre, plus on a le sentiment de rendre des décisions adéquates notamment en regard aux droits de la personne.

[JUGE #28] Mais chose certaine, c'est que je ne suis pas sans savoir que la meilleure façon de s'assurer que vous avez une peine équilibrée qui prend en considération tous les facteurs qu'on nous donne sous le Code c'est de donner certaine discrétion au juge qui va prendre en compte tous ces facteurs. La minute que vous avez une peine minimale, vous enlevez toute cette flexibilité-là. Je pense que, comme je vous disais, les peines minimales, souvent, ne respectent pas du tout le droit de la personne.

La complexité des cas concrets qui doivent être générés dans la perspective généraliste et réductionniste des peines minimales crée un profond malaise chez certains juges qui se voient tenus par la loi d'ordonner des peines qu'ils considèrent comme aberrantes et injustifiées. À cet égard, le juge 3 témoigne d'une expérience qui l'a particulièrement marqué :

[JUGE #3] Moi je peux vous donner un exemple d'un jeune garçon de 18 ans qui s'est fait embarquer avec un ami pour faire un vol par infraction. Le plus vieux, qui a entraîné le plus jeune, était armé d'un fusil. (...) Un vol par infraction avec arme implique la peine minimum de 4 ans. Donc, c'était un jeune qui n'avait pas d'antécédents judiciaires, mais j'ai été obligé d'imposer une peine de 4 ans! Ça me paraissait excessif, considérant l'absence d'antécédents, considérant qu'il avait été entraîné par un autre qui était plus vieux que lui et déjà criminalisé. Donc ça, ça nous laisse... Ça nous lie les mains... Et ça laisse un goût amer... parce qu'on n'a pas l'impression qu'on fait bien son travail en imposant des peines semblables. Donc, ce jeune garçon qui a eu 4 ans minimum, ça aurait peut-être pu être considéré comme une peine cruelle et inusitée. Ça aurait pu être soulevé, peut-être! Peut-être! ...si ça avait été plaidé. J'aurais peut-être pu le soulever d'office mais...

Cet exemple montre bien comment les peines minimales peuvent rendre le travail des acteurs judiciaires extrêmement difficile, au point de leur faire imposer des peines qu'ils considèrent eux-mêmes comme étant «cruelles et inusitées». Il est à remarquer que le juge aurait en effet pu soulever la question de l'inconstitutionnalité de cette peine, qu'il a ce pouvoir. Mais cet extrait et d'autres dans notre matériel empirique nous ont montré que ce pouvoir que les juges détiennent est très peu utilisé, voire utilisé avec beaucoup de prudence²⁰⁷.

Ces effets pervers que créent des peines minimales sont parfois vécus comme étant tellement contraignants que certains juges estiment qu'ils sont obligés de trouver des solutions créatives leur permettant de contourner la loi et de mieux rendre justice. L'une des stratégies communément employées pour éviter de devoir se soumettre aux peines minimales est de modifier les chefs d'accusation de manière à éviter ceux qui sont directement régis par des peines minimales. Dans l'exemple que nous propose le juge 5, il s'agit de faire «disparaître» les armes à feu utilisées lors de la perpétration de l'infraction : concrètement, ce

²⁰⁷ Nous approfondirons cette question dans le chapitre VI (6.2).

dont il s'agit, c'est que même si on peut faire la preuve que le crime a été commis avec l'usage d'une arme à feu, on décide délibérément d'exclure des chefs d'accusation toute référence à une arme à feu et ce, de manière à pouvoir traiter de la transgression sous un article de loi n'impliquant pas de peines minimales. À ce propos, le juge 5 :

[JUGE #5] Quand on se rend compte que la peine minimale n'a pas de bon sens, tout le monde met de l'eau dans son vin pour passer à côté de la peine minimale. Ce sentiment-là que j'ai, les autres l'ont aussi. [...] Le procureur de la couronne qui connaît son dossier, qui connaît l'état de la jurisprudence, il peut en arriver à dire: mais ça n'a pas de bon sens si j'applique la loi au pied de la lettre dans ce dossier-là. Ça va créer une injustice! Alors c'est pour ça que les procureurs de la couronne vont être d'accord dans certains cas pour simplement envoyer ça dans le boisseau. Les armes à feu qui disparaissent là, quand je raconte ça à des gens, les gens ne me croient pas, mais j'en ai tout plein d'exemples. [...] Essentiellement, c'est comme ça qu'on travaille.

Une autre stratégie pouvant permettre aux juges de contourner les obligations du législateur en matière de peines minimales consiste à prononcer un verdict de non culpabilité alors que nous avons pu ou aurions pu faire la preuve, hors de tout doute raisonnable, de la culpabilité de l'accusé. Le juge 6 explique :

[JUGE #6] Personnellement, évidemment, parlant pour moi-même et ne prétendant pas parler pour la cour, je n'y suis pas favorable en ce sens qu'elles [les peines minimales] compromettent gravement le processus d'individualisation des peines et peuvent facilement conduire à des alourdissements démesurés des peines. D'où le risque à l'occasion de certains acquittements assez fragiles pour éviter des peines excessives, ou d'accentuation des processus de négociation des peines entre la couronne et la défense, au détriment parfois de certains objectifs de justice.

Stratégie plus radicale que la première et sans doute plus compromettante ou plus risquée pour les acteurs, elle sert néanmoins les mêmes objectifs que la première, c'est-à-dire de permettre aux juges de regagner leur pouvoir discrétionnaire de manière à pouvoir ordonner des peines qui leur paraissent mieux adaptées aux particularités des cas concrets qui se présentent tous les jours devant les tribunaux.

Le juge 28 est de toute évidence parfaitement conscient du problème que créent l'introduction des peines minimales et les stratégies de résistance développées par les juges pour reconquérir leur pouvoir discrétionnaire :

[JUGE #28] Ça peut non seulement miner le droit de la personne, mais ça peut miner tout le processus, toute [la validité de] vos lois criminelles.

En général, les juges adoptent donc un regard critique sur les peines minimales. Ce qu'ils déplorent surtout, on l'aura compris, ce sont les restrictions que le législateur impose, par ces peines, sur le pouvoir discrétionnaire des juges. Les derniers extraits illustrent bien à quel point les juges ne trouvent pas dans les vocabulaires de motifs valorisés des idées assez puissantes pour favoriser la modération des peines même dans les cas où cela leur semble essentiel pour «rendre justice». S'ils ne sont pas prêts à questionner la constitutionnalité d'une loi, c'est par la «ruse»²⁰⁸ qu'ils contournent les obstacles à la modération et certains effets des peines minimales, jugées trop sévères et mal adaptées au cas concret. La «ruse» (non autorisée²⁰⁹ par le système) est alors le seul moyen d'affronter les disfonctionnements du système provoqués par le fait qu'il n'y ait pas de mécanismes «légaux» de modération des peines et de s'opposer aux exigences de sévérité du législateur que les acteurs judiciaires considèrent contraires aux intérêts de la justice. Dans ce contexte, il devient plus facile de faire disparaître l'arme dans le fonctionnement quotidien du système, toujours sous la pression de devoir décider (Luhmann, 1993), que de s'attaquer au système politique et à ses options de politique criminelle jugées «contraires à la justice» par ceux censés appliquer la loi. Nous avons donc une opération législative qui favorise les peines sévères et des acteurs judiciaires qui ne trouvent pas, dans les outils qu'ils ont à leur disposition, une façon de mettre un frein à cela ou de modérer les peines. Comme l'indiquent Rosett and Cressey,

²⁰⁸ Morris, un rétributiviste, rappelle à juste titre qu'il est impossible pour le système politique d'évacuer complètement le pouvoir discrétionnaire des acteurs judiciaires : «People who advocate mandatory minimum sentences seem to forget that discretion, rather like matter, cannot be destroyed; it can be shifted, it can be controlled and possibly modulated, but not destroyed» (1981 : 263). Ce qui se produit généralement, c'est que le pouvoir discrétionnaire « passe » du juge au procureur qui peut, au moment de divulguer la preuve à la défense, entamer des pourparlers pour modifier le chef d'accusation, de le « coder » autrement de manière à ce que la qualification de l'infraction n'implique plus la peine minimale.

²⁰⁹ Nous pouvons dire que certaines formes de ruses sont «légales». Au Canada, par exemple, les procureurs de la Couronne peuvent arriver à une entente avec les procureurs de la défense pour modifier «l'acte d'accusation» en choisissant une infraction moindre et incluse dans celle qui correspond au comportement de l'accusé. Ce procédé n'est pas accepté par toutes les juridictions pénales.

It has become essential that courthouse subcultures of justice mitigate the severity set by legislatures. Even as they do this, however, courthouse personnel use the potential severity of the criminal law to motivate a perfunctory acquiescence that can be seen in many pleas of guilty. The quality of justice will improve if potential severity is reduced and courthouse personnel find procedures to secure genuine acquiescence (Rosett and Cressey, 1981: 396).

Certains juges, par ailleurs tout à fait conscients de l’empiètement des peines minimales sur leur pouvoir discrétionnaire—et à cet égard, le juge 26 pourra nous servir d’exemple—, se disent néanmoins favorables à cette forme d’intervention du législateur parce que les peines minimales, plus que toute autre peine, permettraient de donner une force particulière au message véhiculé par l’interdiction et de produire des « effets bénéfiques » (sous-entendu, « pour la dissuasion »).

[JUGE #26] Ce sont des choix de société. Tant et aussi longtemps que ces peines minimales ne sont pas utilisées à outrance, je pense qu’elles peuvent être bénéfiques.

Le juge 20 reprend en partie les arguments du juge 26, mais il va plus loin en faisant remarquer que les peines minimales sont instituées exceptionnellement, c’est-à-dire dans des cas de crimes sérieux, et dès lors la sévérité ne pose plus problème puisque ces peines sont d’office proportionnelles à la gravité des crimes qui y sont assujettis.

[JUGE #20] Mais il peut y avoir des peines minimales lorsque le Parlement juge que c’est nécessaire de donner un message et que dans presque tous les cas possibles, ce niveau-là de peine est justifié et proportionnel aux gestes ou au crime disons qui a été...

Il est intéressant de voir ici, dans les deux cas que nous venons de citer, comment les théories de la peine refont surface—notamment les théories de la dissuasion et de la dénonciation—pour enrober les peines minimales de notions de sévérité, de proportionnalité et de gravité de manière à faire passer la pilule indépendamment des considérations relatives à l’importance de reconnaître et de protéger, dans notre système criminel canadien, le pouvoir discrétionnaire des juges.

La position des procureurs face aux peines minimales sera différente de celle des juges. En fait, on peut même affirmer qu’il s’agit du seul thème parmi ceux abordés dans cette recherche sur lequel les positions respectives de ces deux groupes sont manifestement différentes. En

général, on l'a vu, les juges vont critiquer l'imposition de peines minimales par le législateur. Les procureurs, quant à eux, vont pour la plupart applaudir à l'existence de ces peines et ce, pour différentes raisons.

L'une des raisons apportées se fonde sur un reproche adressé aux juges d'avoir, dans le passé, fait preuve de laxisme dans la détermination des peines et d'être donc eux-mêmes responsables de cette situation où des peines minimales les obligent à punir plus sévèrement. Les propos du procureur 24 sur ce point illustrent bien cette perspective à laquelle adhèrent plusieurs des procureurs interviewés²¹⁰:

[PROCUREUR #24] Personnellement, j'ai beaucoup de misère avec les peines minimales pour plusieurs raisons. Si on pouvait se fier en tout temps au juge de respecter en fin de compte les demandes de procureurs lorsqu'on réclame des peines sévères [...] ... il ne devrait pas y avoir de peines minimales. Ça ne reflète pas du tout nos valeurs, notre système et en tout cas la croyance qu'on a envers un juge et sa capacité de rendre une sentence juste et raisonnable.

Dans ces derniers propos tenus par le procureur 24, on sent bien que les peines minimales ne sont pas considérées comme souhaitables en soi, mais qu'il s'agirait néanmoins d'un mal nécessaire institué pour contrecarrer l'inadmissible clémence dont les juges se sont régulièrement montrés capables. Soulignons que dans cette perspective, lorsqu'on parle—comme le fait le procureur 24—de peines ou de « sentences justes et raisonnables », c'est bien de peines sévères dont il s'agit, c'est bel et bien, par ailleurs, d'une obligation de punir dont il s'agit. La sémantique n'est donc pas étrangère à la philosophie punitive de la rationalité pénale moderne et des théories de la peine qui la constituent.

Dans d'autres extraits tirés de nos entretiens réalisés auprès des procureurs, la référence aux théories de la peine en relation avec le bien-fondé des peines minimales apparaît de façon beaucoup plus explicite. Les peines préalablement déterminées par le législateur, étant d'office investies du « bon » degré de sévérité, seraient plus susceptibles de favoriser la dissuasion que celles déterminées dans l'exercice d'un jugement tenant compte de la personnalité de l'accusé et

²¹⁰ Certains diront que les peines minimales seraient moins nécessaires si les juges recevaient une meilleure formation, orientée vers le respect des peines sévères.

des circonstances qui entourent le passage à l'acte. En ce sens, on regretterait même qu'il n'y ait pas davantage de peines minimales dans la loi pénale canadienne.

[PROCUREUR #10] Je pense qu'il n'y en a pas assez de peines minimales dans le Code criminel. ... Je ne dis pas de devenir répressif, seulement... Ce n'est pas ça mon intention, mais je pense que ça a du bon et que ça fait peur.

Toujours sur le plan de la sévérité, les procureurs verront par ailleurs dans les peines fixées d'avance par le législateur une garantie de sévérité minimale qui faciliterait leur travail en ce qu'ils n'ont plus à convaincre le juge de punir sévèrement : le législateur a fait le travail pour eux en mettant un terme aux pourparlers et impose carrément sa volonté.

[PROCUREUR #24] On n'aura pas à se battre pour éviter qu'un gars criminalisé, ayant peu de chances de réhabilitation, se retrouve avec une sentence très peu satisfaisante au niveau de sa sévérité... parce que le juge n'a pas le choix que d'accepter [la peine minimale].

Les peines minimales faciliteraient également le travail du procureur dans les plaidoyers de culpabilité, c'est-à-dire que les peines minimales peuvent servir de levier pour convaincre l'accusé de plaider coupable. En échange d'un plaidoyer de culpabilité, la Couronne peut alors accepter de poursuivre les procédures sous des chefs d'accusation réduits qui n'impliquent pas de peines minimales. Le juge 24 reconnaît que la pratique est fort efficace.

[PROCUREUR #24] Ceci dit, sur le plan «pratico pratique», ce que ça nous donne, les peines minimales, c'est que les accusés vont bien souvent plaider coupable plus rapidement à des crimes moindres pour éviter la peine minimale...ou encore ça nous permet de négocier avec plus de poids parce qu'on sait que minimalement, il aura un an.

Le juge 12 semble y voir les mêmes avantages que ceux relevés par le juge 24. Il semble cependant reconnaître un problème de fond dans cette pratique, possiblement un problème d'ordre moral. Si ce problème peut à la limite venir à peser sur la conscience, il pèse moins lourd lorsqu'on compare les désavantages moraux aux avantages procéduraux que ces peines minimales représentent pour le procureur :

[PROCUREUR #12] Mais si j'ai quelque chose avec une peine minimale de quatre ans, c'est sûr qu'il va plaider sur une intro par effraction si on s'entend sur deux ans de prison...c'est un outil pour forcer des plaidoyers. Alors, on est pour ça, parce que ça nous facilite la vie énormément. Mais est-ce que c'est juste ? Mais non, mais non... [rires].

En somme, on peut dire que dans l'esprit des procureurs, la sévérité des peines minimales sert les intérêts de la justice et ce, sur au moins deux plans : sur le plan de la détermination et sur le plan de la procédure. Sur le plan de la détermination de la peine, les peines minimales garantissent une sévérité minimale là où il faut, c'est-à-dire dans des cas de crimes jugés plus graves (la gravité pouvant relever de l'acte en soi ou encore de son occurrence dans la société). Sur le plan procédural, elles serviraient de levier pour convaincre l'accusé de l'intérêt que représente pour lui—comme pour le procureur—la décision de plaider coupable : pour le principal intéressé, c'est-à-dire l'accusé, l'intérêt se présente sous la forme d'une peine plus clément ordonnée en relation avec des chefs d'accusation moins sérieux; pour le procureur, l'intérêt se présente sous la forme d'une économie de temps et d'énergie, et évidemment, d'un nombre plus élevé de causes remportées.

Avec plus ou moins d'insistance, les communications du système ont permis de saisir empiriquement le support cognitif que la RPM fournit à l'idée de sévérité. Nous pouvons dire que du point de vue des théories de la peine, «la sévérité a bien meilleur goût». La communication suivante illustre le type de communications qui supportent cette idée :

[JUGE #28] Je pense que la sévérité de la peine peut être un facteur et ça c'est accepté par toutes les cours : les cours d'appel, la Cour suprême du Canada... Les cours d'appel prévoient que tel ou tel crime, surtout dans le cas des enfants et peut-être de la violence au sein d'une relation conjugale ou de certains crimes de drogues, de violence avec des armes à feu... Toutes ces choses-là, qu'il faut que ce soit traité d'une façon assez sévère pour produire l'effet de dénonciation.

En matière de droit criminel, la valorisation de la sévérité bénéficie d'une barrière de protection à ce point stable et à peine problématisée dans les réseaux de communication du système qu'il devient difficile de la remettre en question et d'aller à l'encontre de l'expectative normative ici supportée par toutes les théories de la peine—lesquelles ont mis de côté leurs différences entre elles le temps de faire front commun et de supporter cognitivement l'idéal de la sévérité.

Dans une culture qui naturalise les peines sévères et qui ne voit pas, ce faisant, les incohérences avec une conception de la justice qui se veut garante des valeurs fondamentales

de la société, il est difficile de créer les conditions à une prise en compte garantiste des droits de la personne dans le domaine des peines. L'obstacle est d'autant plus considérable que même l'interprétation de l'article 12 de la Charte sur les peines cruelles et inusitées semble favoriser sinon à tout le moins reconduire le point de vue de la rationalité pénale moderne. En effet, si dans l'arrêt *R. c. Goltz*²¹¹ la Cour suprême du Canada a pu préciser ce qui permettrait de frapper une peine de la sanction d'inconstitutionnalité, les critères d'évaluation mis de l'avant sont à ce point exigeants qu'il devient difficile de même imaginer concrètement—à moins de revenir aux supplices de l'Ancien Régime—ce que serait, pour la Cour, une peine cruelle et inusitée. Tout ce qui respecte les principes officiels de la détermination de la peine ne semble pas menacé par l'article 12, et si tel devait néanmoins en être le cas—éventualité plutôt improbable ou rare du point de vue de la Cour—ce qui serait alors remis en question, ce ne sont pas *les normes* de sanction, mais la sanction en tant que décision ponctuelle. Voici les critères de la Cour dans l'arrêt *R. c. Goltz*.

Le critère général pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 est celui de la *disproportion exagérée*, critère qui doit tenir compte de la gravité de l'infraction, des caractéristiques personnelles du contrevenant et des circonstances particulières de l'affaire. D'autres facteurs peuvent légitimement entrer en ligne de compte. On peut se demander si la peine est nécessaire pour atteindre un objectif pénal régulier, si elle repose sur des principes reconnus en matière de détermination de la peine, s'il existe des solutions de rechange valables à la peine effectivement infligée et, dans une certaine mesure, si la comparaison avec des peines infligées pour d'autres crimes dans le même ressort révèle une grande disproportion. *Le critère en question ne permet pas l'invalidation inconsidérée de peines établies par le législateur. Il arrivera rarement qu'une cour de justice conclura qu'une peine est si exagérément disproportionnée qu'elle viole l'art. 12 de la Charte.*

Dans le même arrêt, la Cour suprême du Canada ajoute: «Le critère qui sert à déterminer si une peine est beaucoup trop longue est à bon droit strict et exigeant. *Un critère moindre tendrait à banaliser la Charte*» (nos italiques). Voilà de la musique aux oreilles de la théorie de la dénonciation : protéger les valeurs implique les modulations de la sévérité pénale, inversement,

²¹¹ *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485.

toute modération disproportionnée banaliserait ces valeurs. Même dans la plus haute Cour du pays, celle pouvant se permettre la plus grande réflexivité «juridico-morale», celle à même de procéder aux adaptations et autocorrections du droit, les droits de la personne sont mis au service de la rationalité pénale moderne. On peut alors se demander, dans ce cadre, comment le principe de la modération peut négocier son droit de participer à la reproduction communicationnelle du système? Kaminski indique ce qu'implique le principe de la modération :

L'opérationnalisation du concept de modération est simple : 1) on ne doit recourir au droit pénal que lorsque d'autres moyens d'intervention sociale sont inadéquats ou inappropriés ; 2) la mesure pénale choisie doit être la moins restrictive ; 3) les mesures privatives de liberté doivent être utilisées en dernier recours (Kaminski, 2007 : 94).

Si le principe de modération implique tout ce que suggère Kaminski, on voit mal comment il pourrait arriver à produire des effets réels lorsqu'on le retrouve noyé dans un univers cognitif privilégiant en chaque point son contraire : 1) on doit recourir au droit pénal car les autres moyens sont inadéquats et inappropriés; 2) la mesure pénale choisie doit être suffisamment restrictive pour produire la souffrance espérée; 3) les mesures privatives de liberté doivent être utilisées dès lors qu'il faille rétribuer, dissuader, réhabiliter ou dénoncer convenablement.

Les limites que nous observons sur le plan de l'opérationnalisation du principe de modération se confirment dans l'empirie et relèvent d'un usage restreint de ce principe. Dans la communication qui suit, la modération apparaît comme une considération tout à fait exceptionnelle car elle est ici rattachée à une mesure elle-même exceptionnelle : l'absolution.

[PROCUREUR #7] Ça dépend ce que vous appelez «modération». Peut-être que le seul moment où ça me passait par la tête, c'est quand des individus demandaient des absolutions.

À d'autres moments, plus spécifiquement dans les communications supportées par les procureurs, le principe de la modération peut intervenir lorsque la preuve semble trop faible pour convaincre, hors de tout doute raisonnable, de la culpabilité de l'accusé. On peut alors, dans le *plea bargaining*, s'engager à recommander une sanction plus modérée en échange d'un plaidoyer de culpabilité. Le but étant, non pas de favoriser la modération en soi, mais de

l'employer comme une stratégie permettant de faire triompher la Couronne et de faire advenir un plaidoyer de culpabilité :

[PROCUREUR #13] Même si le crime en soi est un crime grave, mais que la preuve n'est pas bonne ou est ordinaire, rendu là, on se dit tant qu'à tout perdre, proposons une sentence qui va être clémente dans les circonstances parce qu'en temps normal, si la preuve avait été en béton, on aurait proposé beaucoup plus que ça, mais compte tenu de toutes ces considérations-là, on va proposer une peine clémente.

La modération n'est pas valorisée en soi. On y concède, on s'y résigne, mais si on avait les moyens de l'éviter, on l'éviterait au profit de la sévérité.

Dans d'autres communications, on évite d'opérationnaliser concrètement le principe de modération car on craint qu'un usage même ponctuel du principe crée un précédent qui pourrait risquer lui-même de créer un effet d'entraînement et éventuellement modifier un ordre qui s'est quant à lui établi en relation avec la sévérité. Abaisser la barre de la sévérité par l'idéal de la modération risquerait ainsi de compromettre l'historicité du système, de compromettre le caractère hostile, ferme et négatif de son identité. C'est du moins le sens qui se dégage de la communication suivante :

[PROCUREUR #12] Je n'ai pas les statistiques pour le prouver, mais dans l'expérience, dès que vous donnez une peine plus basse, qui est un petit peu en- dessous de la norme, tout le monde l'utilise, et ça devient la barre, jusqu'à temps que quelqu'un mérite un petit moins, pis là ça devient la barre. Mais ce n'est jamais plus haut, c'est plus bas, et c'est de plus en plus bas. Alors à cause de ce phénomène-là, on est réticent à donner une peine qui est juste pour le cas individuel, parce que, il faut qu'on regarde à la prochaine et on ne peut pas donner un cas spécial dans ça, parce qu'après ça, tout le monde va s'en servir comme exemple pis ça va abaisser la barre.

On reconnaît par ailleurs dans cette dernière communication l'effet de la théorie de Beccaria dont on a déjà parlé plus haut : si l'échelle de sévérité des peines doit être établie « descendant de la plus forte à la plus faible » (Beccaria, 1764 : 72), il faut alors s'assurer que le point de départ donné soit suffisamment élevé (non modéré) de manière à pouvoir conserver la saveur de la sévérité tout au long de la descente. Remarquons en outre qu'on ne se préoccupe pas, dans ce raisonnement, du risque que représente l'escalade de sévérité et ce,

même si cette gradation implique qu'il faille accepter l'inévitable: dans certains cas, des peines injustes, disproportionnelles par rapport à la gravité du crime, seront ordonnées.

5.3.3 Les alternatives et les communications sur les sanctions alternatives

Dans cette section nous nous proposons d'analyser les communications sur les peines alternatives²¹² pour essayer de mieux comprendre pourquoi leur statut demeure périphérique au niveau du système de pensée et marginal sur le plan des opérations, et cela, malgré le fait qu'elles aient été codifiées comme devant avoir une place privilégiée dans l'exercice de la détermination de la peine. Les questions pour nous sont les suivantes : Comment les juges et les procureurs perçoivent-ils les sanctions alternatives? Peut-on parler d'alternatives au sens propre, c'est-à-dire en tant qu'équivalents fonctionnels²¹³ considérés sur le même pied d'égalité que les sanctions carcérales dominantes? Quelles sont les représentations pouvant favoriser ou au contraire miner cette reconnaissance des sanctions alternatives et leur stabilisation dans l'enceinte du droit criminel moderne?

Bien qu'il puisse y avoir, parmi les acteurs judiciaires, différentes positions plus ou moins favorables aux sanctions alternatives, nous souhaitons mettre en relief dans cette analyse que le statut et la portée de telles sanctions dépendent aussi de structures plus objectives, plus communicationnelles, qui sont détachées des volontés individuelles : il peut s'agir de ce qui est structurellement rendu possible ou non dans le texte de la loi; il peut s'agir, sur un plan plus logistique, des ressources disponibles pour l'encadrement et le fonctionnement des sanctions alternatives; il peut s'agir aussi sur un plan plus cognitif, des idées ou des théories servant de support aux différentes sanctions du droit criminel; etc. Quoi qu'il en soit, nos résultats de recherche indiquent à cet égard que ces sanctions ont un statut somme toute fragile et périphérique. Cette impression est partagée par le juge 5 :

²¹² Comme nous l'avons explicité dans le chapitre théorique (II), le concept de peine substitutive est ici mobilisé en opposition à la «peine de référence» carcérale. Pour un rappel des raisons qui motivent notre choix, nous invitons le lecteur à reprendre ce débat davantage explicité dans ce chapitre (2.3.4).

²¹³ Équivalents fonctionnels au sens où autant la sanction carcérale que la sanction alternative peuvent théoriquement remplir la même fonction qui est celle de marquer, en cas de culpabilité, la fin ou l'aboutissement de la procédure judiciaire.

[JUGE #5] Je ne suis pas sûr que cette philosophie-là, la philosophie de la prise en compte de moyens sentenciels autres que l’incarcération, soit finalement si acquise que ça.

Dans ce qui suit, nous allons analyser des raisons qui ressortent de l’empirie et qui nous permettent de mieux comprendre pourquoi cette «philosophie» semble avoir autant de difficultés à se stabiliser²¹⁴. Nous avons privilégiée trois aspects, que nous traiterons ici dans l’ordre suivant: l’aspect législatif, l’aspect logistique et, enfin, l’aspect cognitif.

Pour faciliter la discussion qui va suivre, nous allons nous représenter l’arsenal des sanctions du droit criminel (incluant les sanctions alternatives et les sanctions carcérales) comme un sentier de pierres alignées les unes derrière les autres et permettant la traversée des sables mouvants que représente la détermination de la peine. Sur la pierre « carcérale », il y aurait ainsi une tendance presque naturelle à avancer avec assurance et certitude parce que tout compte fait, cette pierre nous paraît stable, solide, comme si nous pouvions compter sur le fait que sous cette pierre, les sols sont cimentés—notamment grâce à la densité cognitive que crée un ensemble de théories de la peine. Par contre, avancer sur la pierre « réparation », ou encore sur la pierre « dédommagement », aura tendance à nous paraître beaucoup plus périlleux. On sent presque intuitivement que la pierre « alternative » est beaucoup moins stable que la pierre « carcérale »; on l’aperçoit devant nous comme une possibilité bien réelle qui pourrait nous faire progresser dans notre trajectoire, mais nous ne pouvons nous assurer de la densité et de la solidité du sol qui la supporte. L’entreprise paraît donc plus risquée et le premier réflexe tend à être celui d’éviter la pierre potentiellement « chambranlante » et de rester sur le terrain ferme de la pierre « carcérale », même en sachant que cette décision impliquera une forme d’immobilisme. L’examen que nous proposons dans ce qui suit, c’est l’examen d’un sol méconnu, celui sur lequel repose la « pierre » de la sanction alternative en droit criminel.

²¹⁴ Nos observations rejoignent volontiers les analyses de Lalande qui identifie trois obstacles nuisant à la stabilisation des sanctions alternatives en droit criminel: «le fait qu’elles soient continuellement comparées à la prison, qu’elles soient méconnues de la population et, enfin, qu’elles soient discréditées par le discours sur la loi et l’ordre» (Lalande, 2007 : 69).

Sur le plan purement législatif, en droit criminel canadien, les sanctions alternatives existent comme possibilités réelles dans les textes de loi. À l'article 717.1 du Code criminel canadien, il est fait explicitement mention des « mesures de rechange ». On nous dit clairement que, sous certaines conditions prévues dans la loi, « alternative measures may be used to deal with a person alleged to have committed an offence »²¹⁵. Cette disposition de la loi est donc permissive par rapport à l'usage des mesures de rechange ou des sanctions alternatives. Le juge 4 le mentionne :

[JUGE #4] L'article 717 [CCC] dit que le recours à l'incarcération doit être le dernier recours. Ça fait que quand on peut donner une sentence adéquate en faisant faire des travaux communautaires ou en faisant des remboursements ou des choses semblables [réparation, dédommagement]—donc un aspect de justice réparatrice—c'est correct.

Il y a par ailleurs, dans ce qui pourrait encore théoriquement favoriser l'usage de ces sanctions alternatives, des principes fondamentaux, comme celui de la proportionnalité (art. 718.1 du CCC), qui dans certaines conditions pourraient agir en faveur de la non incarcération. On retrouve également, de façon beaucoup plus explicite et moins ambiguë, « l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient » (art. 718.2 d) du CCC). S'ajoute encore l'obligation « d'examiner toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances... » (art. 718.2 e)).

Il existe donc, sur le plan purement législatif, des dispositions qui agissent en faveur des sanctions alternatives ou qui, à tout le moins, les supportent légalement.

Mais il y a aussi dans le droit criminel, et parfois dans les mêmes dispositions citées ci-dessus, des limites, des balises qui viennent restreindre le pouvoir discrétionnaire du juge quant à la possibilité d'envisager autre chose que l'incarcération dans la détermination de la peine. Par exemple, dans l'article sur les mesures de rechange (art. 717.1 du CCC), même si

²¹⁵ Nous avons choisi d'utiliser la version anglaise parce qu'elle nous paraît plus claire que la version française. Mais nous introduisons tout de même ici la version française pour laisser à notre lecteur la possibilité d'en juger par lui-même : « ...le recours à des mesures de rechange à l'endroit d'une personne à qui une infraction est imputée [...] peut se faire... » (art. 717.1 CCC).

on a pu reconnaître l'aspect permissif de la disposition, on ne peut que reconnaître du même coup l'aspect restrictif lorsqu'on précise que ces mêmes mesures de rechange ne seraient autorisées « only if it is not inconsistent with the protection of society... » (art. 717.1 de CCC).

Il n'est pas question ici d'énumérer chacune des restrictions qui dans la loi du législateur limitent la portée des sanctions alternatives, mais bien de souligner tout simplement le fait que ce qui est légalement permis sur le plan des mesures alternatives est aussi rigoureusement balisé. Ceci laisse à penser que même au niveau législatif, la possibilité que les mesures de rechange—bien qu'elles existent—puissent se généraliser et conquérir des lieux traditionnellement réservés à l'emprisonnement devient facilement amputée par des critères aussi vagues que « la protection de la société ». Ces mesures semblent en effet susciter la crainte et la méfiance et donnent l'impression qu'il faut politiquement avancer avec prudence en matière de sanctions alternatives. Il vaut parfois mieux, en tant que juge, mettre de l'avant nos valeurs sûres, ce sur quoi on a toujours pu compter, c'est-à-dire l'idée que la protection de la société est la fonction première du droit criminel et que bien souvent, assumer cette fonction veut dire renoncer aux sanctions alternatives et privilégier l'incarcération.

C'est sur cette question de la protection de la société que la possibilité même d'envisager des sanctions alternatives perd de son intérêt. En effet, lorsque le législateur crée un délit par l'entremise du droit criminel, la rationalité pénale moderne intervient alors pour configurer le comportement visé comme représentant une menace pour l'ordre public. Cette rationalité nous indique en d'autres termes qu'il n'y a pas de crimes qui ne menacent pas l'ordre public, qu'il n'y a pas de délits qui n'interpellent pas la protection de la société. Cette auto-description de la fonction du droit criminel neutralise ainsi la portée des sanctions alternatives. Elle crée par ailleurs un terrain fertile pour les théories de la « protection » comme, par exemple, la théorie de la dissuasion qui insiste sur l'obligation de punir pour prévenir la récidive du condamné et décourager les autres de commettre le délit. Plusieurs juges confirment cette association.

[JUGE #4] Je pense qu'on est balisé là-dessus par le fait que l'incarcération devrait être le dernier recours dans les circonstances. Mais le recours à l'incarcération, c'est

quand on est rendu à l'étape de protéger la société, de prendre un individu pis de l'enlever de la circulation.

[JUGE #1] Le système judiciaire a souvent une note dissuasive très importante. C'est pour ça que je pense que la justice thérapeutique, oui, [c'est bien], mais pas pour une introduction par effraction, pas même pour une conduite avec facultés affaiblies. C'est intolérable une faculté affaiblie au volant.

Même les délits considérés parmi les moins graves se voient refuser la possibilité d'être soumis à des sanctions moins contraignantes sur la base de la protection de la société et de l'injonction de dissuasion qui s'y rattache. Le procureur 12 nous offre en exemple un cas concret dont il a dû traiter récemment.

[PROCUREUR #12] J'avais une cause, il y a une couple de semaine [où] j'ai proposé une petite amende pour une madame qui est mère de deux enfants, qui travaille sur deux jobs. Elle a fait une fraude. J'ai suggéré une peine et c'est le juge qui a dit : «je ne peux pas, je ne peux pas accepter que ce soit une amende».

Le juge en question a alors justifié son objection en prenant notamment appui sur la théorie de la dissuasion.

[PROCUREUR #12] Le juge a dit «je ne peux pas donner une peine comme ça, c'est déraisonnable considérant la dissuasion générale et le fait que ça va mettre le seuil et la barre trop bas. Je ne peux pas le permettre».

Encore une fois ici, il semble que ce besoin de réaffirmer la norme par l'entremise d'une peine sévère contribue à l'exclusion *de facto* des sanctions alternatives. On reconduit implicitement l'idée que la peine alternative ne peut pas produire avec la même efficacité qu'une peine plus sévère les effets attendus sur le plan de la dissuasion et assurer avec la même force la protection de la société. Ce qui à cet égard était implicite dans la décision du juge que le procureur 12 cite en exemple, devient parfaitement explicite dans les propos du juge 20 :

[JUGE #20] Bien c'est sûr que ça [les peines alternatives] risque d'être moins dissuasif de façon générale. Ça dépend. Il y a deux aspects. Il y a le contexte de l'individu, de l'accusé lui-même. Et ensuite, il y a l'aspect social, c'est-à-dire la perception que la société peut avoir de la peine qui est imposée. Alors la primauté doit être donnée au

contexte de l'accusé lui-même. Mais on ne peut pas non plus ignorer la justice que recherche la société.... Oui, la prison est généralement plus dissuasive qu'une liberté surveillée ou d'être confiné à domicile ou des choses comme ça.

D'autres juges ne savent tout simplement plus sur quel pied danser en matière de détermination de la peine. Ils perçoivent les ambiguïtés du législateur, ils dénoncent ses contradictions, ils lui reprochent un manque de cohérence, mais ils regrettent aussi ce qui leur paraît être une forme d'ingérence du politique dans le domaine judiciaire. Ces ambiguïtés observables dans la loi du législateur ne sont pas sans influencer la procédure judiciaire dans le domaine de la détermination de la peine.

[JUGE #5] À certains égards, le droit criminel fait beaucoup plus de place à ces sanctions substitutives parce qu'on a codifié le principe de modération, puis on a introduit l'emprisonnement avec sursis... Il y a tout un nouveau créneau depuis 10 ans qui s'est ouvert. Mais parallèlement à ça, on a aussi un discours où on est en train de limiter l'accès à l'emprisonnement avec sursis, et on est en train d'introduire des peines minimales... Donc finalement, c'est très contradictoire. Si je regarde la cohérence de la politique législative, ce n'est pas clair. Ça a été clair pendant 6-7 ans mais ce n'est plus clair que les sanctions autres que l'incarcération demeurent des voies privilégiées par le droit criminel. [...] Parce que, vois-tu ce qui est fragile, c'est qu'on dirait qu'on veut que ces outils-là soient disponibles, mais à la condition qu'ils ne soient pas utilisés dans certains cas qu'on voudrait régler à l'avance, qu'on voudrait déterminer à l'avance. Or, tu ne peux pas faire ça. Tu peux pas, si tu pars avec un coffre à outils pour construire une maison, tu ne peux pas dire : « Je te donne un coffre à outils mais à la condition que tu te serves jamais de ton marteau au deuxième étage ou à la condition que tu te serves jamais d'une égoïne au rez-de-chaussée. » Tu ne peux pas faire ça. Si tu donnes à quelqu'un un coffre à outils pour faire un travail, il faut que tu acceptes par implication nécessaire qu'il va se servir de ses outils au moment où lui estime opportun de choisir de se servir de ses outils.

Les propos du juge 5 montrent bien que le simple fait d'introduire ici et là, dans les textes de loi, de nouveaux outils n'est pas suffisant si on ne franchit pas les obstacles qui empêchent les juges de les utiliser «au moment [...] opportun». En somme, sur le plan législatif, toutes ces considérations semblent indiquer que les mesures alternatives existent, certes, mais d'après les juges, le législateur n'a pas été en mesure de les concevoir comme de véritables alternatives pouvant être considérées comme des équivalents fonctionnels par rapport à la voie dominante qui, elle, nous ramène à l'incarcération. Ce manque de clarté à propos de la

prise de position politique donne aux juges l'impression que la pierre «non carcérale» n'est pas aussi solide et stable qu'elle peut paraître. Delmas-Marty a aussi souligné que malgré toutes les réformes législatives qui ont eu lieu en France : «À y regarder de plus près, le résultat est décevant» et elle rajoute que «ce n'est pas seulement par esprit conservateur et rétrograde que les magistrats persistent à appliquer rarement les peines dites de substitution» (1986 : 73). Il y a donc d'autres effets de système qui doivent être pris en considération.

Un des effets qui s'ajoute à ce que les acteurs décrivent comme les ambiguïtés et contradictions du législateur est celui (problème dont on a déjà parlé plus tôt) de la relation du public avec l'injonction de sévérité, ou, pour le dire autrement, de la perception que se font les acteurs de l'environnement et de ses attentes à l'endroit de la sanction.

Comme l'explique le juge 6, selon lui, ces attentes en provenance de l'environnement nous orientent plus souvent qu'autrement vers le carcéral. L'idéal du carcéral caractérise, croit-on, les attentes d'une multitude d'acteurs influents. Parmi ceux-ci, on fait mention du politique—dont on vient de parler—, de la police, de certains procureurs et bien sûr, du public en général. Tous ces acteurs maintiendraient le cap sur la sanction dominante et seraient particulièrement réfractaires à la possibilité de reconnaître la sanction alternative comme un équivalent fonctionnel. Voici le type d'argument avancé à cet égard :

[JUGE #6] [Certains] acteurs à l'heure actuelle y sont de plus en plus hostiles [aux sanctions alternatives]. Je pense que les corps de police en règle générale y sont hostiles. Chez les procureurs de Couronne, je n'oserais me prononcer; j'ai eu l'impression au Québec qu'ils restaient quand même assez généralement favorables à ces mesures-là, probablement plus que dans les autres provinces canadiennes. Par ailleurs, puisqu'il faut parler d'acteurs du système, le public est aussi un acteur du système de procédure pénale et du système pénal et j'ai l'impression qu'en raison [du fait] que le public comme tel est devenu de plus en plus défavorable, de plus en plus hostile à ces peines, à ces peines alternatives et que ses préoccupations ont de plus en plus été reprises par un certain nombre de politiciens.

En fait, et c'est ce qui se dégage des prochains propos tenus par les juges 28 et 29, on aura parfois l'impression que s'exerce sur le juge une forte pression en provenance de son

environnement; une pression qui l'«obligerait» ou à tout le moins l'inviterait à privilégier des peines répressives au détriment des sanctions alternatives.

[JUGE #28] Mais toutes ces choses-là [peines alternatives plus adaptées aux problématiques des contrevenants] deviennent impossibles si [...] vous avez une société qui devient trop dure et qui envoie tout le monde en prison.

[JUGE #29] Malheureusement, je pense que de façon générale, le public n'est pas assez bien informé sur la conséquence des peines alternatives. Que malheureusement, le public croit que la seule peine qui est la bonne peine c'est une peine d'emprisonnement. Autrement, c'est comme rien.

Les procureurs entretiendront la même impression : le public s'attend à de la fermeté carcérale et tout ce qui s'en écarte, aussi contraignante la mesure puisse-t-elle être, donne l'impression d'être «une farce».

[PROCUREUR #24] : Et tout le monde se plaint, tout le monde, bien des gens dans la société et bien des procureurs de la Couronne se plaignent par exemple de la sentence avec sursis qui se purge à domicile. Et qu'est-ce qu'on dit dans le grand public? Que «c'est une farce».

Revient ici de façon encore plus aiguë toute la question de l'autonomie du judiciaire et de la légitimation décisionnelle dont nous avons parlé ci-dessus. Clairement, si on a longtemps souhaité un rapprochement entre le droit et la société, ou—pour le dire de façon plus cohérente par rapport à la théorie luhmanienne—entre les organisations judiciaires et leur environnement, il faut mesurer ici les conséquences *du type* de rapprochement que le droit pourrait juger souhaitable compte tenu du fait que l'on reconnaisse ici que le public au cœur de cet environnement « n'est pas assez bien informé » en matière de sanctions alternatives à l'incarcération. Si rapprochement il devait y avoir, qu'advient-il de l'autonomie judiciaire, de sa différenciation fonctionnelle lorsque la légitimité des décisions pourrait dépendre de leur capacité de satisfaire les attentes externes d'un public que l'on sait—depuis longtemps²¹⁶—mal informé en matière de crime et de peine?

²¹⁶ Déjà en 1969, le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle (Commission Ouimet) n'hésite pas à écrire dans son rapport officiel qu'il « n'est pas convaincu que les citoyens canadiens soient pleinement sensibilisés aux problèmes qui se posent, ni même qu'ils acceptent d'emblée la modernisation des concepts et des services de maintien de l'ordre, du «sentencing» et de la

Autre obstacle aux sanctions alternatives : un problème logistique relié à un manque de ressources. La sanction alternative permettrait sans doute d'alléger les surcharges que l'on place sur la pierre de la sanction carcérale lorsque le problème de la surpopulation carcérale devient une préoccupation criante, mais encore faut-il que la « pierre » alternative qui absorbe les excès puisse elle-même être capable d'en supporter le poids. Les problèmes managériaux, les problèmes de gestion et de ressources ne concernent pas uniquement le carcéral, ils concernent aussi et peut-être même surtout les sanctions alternatives. Or, celles-ci, au même titre que les sanctions carcérales, dépendent des ressources humaines et financières investies pour en assurer le bon fonctionnement. Que ces ressources soient ou non suffisantes dans les faits, là n'est pas le problème que nous souhaitons soulever ici. Le problème qui nous concerne davantage dans le cadre de notre problématique, c'est celui de la *perception* du décideur, la perception de celui qui prend la décision de mettre le pied sur une pierre plutôt que sur une autre. Et la pierre des sanctions alternatives paraît d'autant plus instable et risquée que les juges ont souvent l'impression—appuyée par leur expérience—que les ressources déployées pour les mesures alternatives sont insuffisantes et que ces mesures ne peuvent donc pas, *dans les faits*, représenter de « vraies » alternatives. Le juge 6 relève le problème dans ses propres termes.

[JUGE #6] Par ailleurs, la difficulté des mesures alternatives, si elles allègent les problèmes de la gestion des institutions carcérales, elles créent par exemple des problèmes de surveillance des détenus. J'ai été frappé à l'occasion de certaines affaires en appel, lorsque nous discutons avec les procureurs au cours d'une audience, que l'on nous dise que telle mesure alternative que nous envisageons n'était pas réaliste faute de ressources.

La question des ressources est importante. La longévité des sanctions alternatives et la possibilité de les instituer comme équivalents fonctionnels nécessitent que l'on puisse créer les conditions de leur bon fonctionnement. C'est en leur offrant un contexte de mise en œuvre adapté que nous pourrions évaluer leur pertinence et leur utilité. Les sanctions alternatives,

correction » (Commission Ouimet, 1969 :34). Le Comité s'appuie par ailleurs sur le cas des États-Unis pour préciser que ce problème n'est pas typiquement canadien, mais plus généralisé en Amérique du Nord : « Des études récentes d'opinion publique faites aux États-Unis viennent appuyer cette thèse » (Commission Ouimet, 1969 : 34). À cet égard, le Comité cite les travaux de Louis Harris, *Changing Public Attitudes toward Crime and Correction*, *Federal Probation*, XXXII, 4, 1968.

que ce soit la mise en œuvre de travaux communautaires ou encore la création des conditions de dédommagement, nécessitent un cadre d'opération qui n'est pas celui du carcéral²¹⁷. On peut vouloir privilégier la réhabilitation en milieu ouvert, par exemple, mais la mise en œuvre de cette pratique implique que l'on puisse assurer les conditions matérielles permettant concrètement de passer de l'intention à la pratique. Une autre question séparée est celle d'évaluer si ces supports matériels et logistiques seront suffisants pour convaincre les acteurs judiciaires que les mesures alternatives sont concrètement possibles ou souhaitables et qu'elles peuvent être des «vraies» sanctions.

En somme, les obstacles aux sanctions alternatives sont multiples et différents dans leur nature. Cela étant, sans prétendre que l'aspect plus cognitif du problème puisse en soi suffire à le régler dans toute sa complexité, nous pouvons à tout le moins présupposer que les choses soient en partie reliées entre elles et que, dans cette optique, le développement d'un support cognitif plus densifié et proprement conçu pour stabiliser les sanctions alternatives pourrait éventuellement, non seulement inciter les décideurs à marcher sur cette pierre avec plus d'assurance, mais inciter également le pouvoir politique à augmenter les ressources, à offrir à ces sanctions les conditions *matérielles* de leur existence et de leur stabilité. En outre, cet investissement sur le plan matériel, supporté par un investissement sur le plan cognitif et une mise en application concrète et récursive des sanctions alternatives par l'entremise des décideurs pourrait, avec l'aide du temps, amener les acteurs plus sceptiques ou plus réticents à modifier leurs attentes²¹⁸.

Nous allons donc explorer la question des obstacles cognitifs qui semblent à l'heure actuelle freiner la possibilité qu'une densification cognitive puisse stabiliser les sols qui

²¹⁷ En droit civil, la gestion des conflits par l'entremise de la médiation exige un cadre de négociation proprement adapté à la mesure et ce cadre ne peut se concevoir dans le mode conflictuel qu'instaure le règlement de conflits dans l'enceinte d'un tribunal. La longévité et la stabilisation de la médiation en droit civil allaient dépendre de la capacité d'adaptation du système et de la possibilité d'allouer les ressources humaines et financières que nécessite la mise en œuvre de cette procédure alternative. Il en va de même pour les sanctions alternatives en droit criminel.

²¹⁸ Et même si tel n'était pas le cas, le système judiciaire aura toujours l'opportunité d'exercer son autonomie pour décider si les attentes externes et la réception de la décision dans l'environnement doivent ou non faire partie des critères de légitimation décisionnelle d'un système juridique moderne.

supportent la « pierre » alternative et mettre davantage en valeur ces sanctions alternatives en matière de droit criminel.

Ce qui frappe sur le plan cognitif, c'est, d'une part, l'absence même de théories elles-mêmes *alternatives* et spécifiquement conçues pour supporter cognitivement les sanctions non carcérales—en d'autres termes, on ne trouve pas en matière de sanctions alternatives l'équivalent de la relation entre théories négatives de la peine et incarcération—et, d'autre part, la présence d'un discours favorable à de nouvelles sanctions alternatives, mais qui trouve ses fondements dans la logique interne des théories de la peine de la première modernité. Ce qu'on observe c'est qu'il peut y avoir dans le discours des juges et des procureurs l'expression d'une sincère reconnaissance de la valeur des sanctions alternatives, mais dans la mesure où ces sanctions peuvent faire mieux que la peine carcérale traditionnelle pour ce qui est de la souffrance et de l'affliction. La valeur des sanctions alternatives est dès lors aisément reconnue du simple fait que ces sanctions sont perçues comme pouvant être plus efficaces que la prison sur le plan de la dissuasion par exemple.

[JUGE #1] Oui, moi je persiste à penser qu'il y a bien des avenues avant de penser à la détention. De toute façon, je n'ai pas inventé...en 1994/95/97, ils ont instauré le système d'emprisonnement dans la collectivité. Ça a été mal perçu au début, c'est de mieux en mieux perçu, parce que c'est encore plus exigeant la détention dans la communauté que la détention ferme.

Dans ce dernier exemple, le juge valorise la détention dans la collectivité bel et bien *parce qu'elle lui paraît plus sévère* encore que la détention ferme. Il illustre très bien cette difficulté que nous avons à remettre en question la sévérité même quand nous nous proposons de réfléchir aux peines alternatives. En ce sens, il semble que si le vide cognitif qui fragilisait la stabilité de la « pierre » alternative peut être comblé par les théories modernes de l'affliction, le sol paraît alors plus dense, plus solide et on peut s'y aventurer avec plus de conviction. Si à la limite on peut faire plus de la même chose autrement, alors « why not? » dira franchement le juge 22.

[JUGE #22] C'est excellent [les peines alternatives à l'incarcération]. C'est excellent dans la mesure où c'est proportionnel à la gravité du crime et puis on juge la personne aussi. Et puis s'il y a des bonnes chances que cette personne-là soit réhabilitée, plus que

réhabilitée et que dans le fond, c'est un faux pas et puis elle est bien entourée, why not? Je n'ai pas de problème avec ça.

Il faut voir ici que dans les propos du juge 22, ce qui fait la marque de l'excellence en matière de sanctions alternatives, on le raccroche à l'aspect «sévérité» : dans la mesure où la sanction alternative peut nous permettre de proportionnellement marquer la gravité de l'infraction, alors l'alternative est excellente. Et puis si en plus—mais on a l'impression que cela vient en second lieu, après la sévérité—on peut réhabiliter la personne, pourquoi pas risquer ce pas vers la pierre alternative? On remarque finalement aussi qu'on y ajoute la condition—une limite?—du « faux pas », ce qui laisse sous-entendre que la sanction alternative n'est pas nécessairement appropriée dans les cas où l'on ne peut concevoir la transgression comme un faux pas, comme une erreur de parcours. Est-ce à dire que la sanction alternative, même sévère en proportion de la gravité de l'acte et même réhabilitative, ne peut être considérée dans les cas de récidive ou lorsque le crime ne peut raisonnablement être conçu—parce que trop grave ou trop indigne —comme un simple «faux pas»? On peut théoriquement envisager cette interprétation comme une possibilité actuelle dans le cas du procureur 10 :

[PROCUREUR #10] Je vous dirais ça dépend de l'individu. Une personne qui n'a aucun antécédent judiciaire... Si c'est un événement isolé, une incartade de conduite momentanée dans sa vie et que c'est une personne qui, à la base, a une éducation et des valeurs respectueuses de la loi et de la société en général, il peut alors être plus dissuasif d'ordonner une sentence de travaux communautaires ou ces choses-là, parce que la personne va tellement avoir vécu un traumatisme de passer dans le système judiciaire, le fait d'avoir des antécédents... La personne va avoir eu l'effet dissuasif. Mais c'est ça : c'est du cas par cas. Je pense que c'est applicable pour une personne qui n'a jamais fait face au processus judiciaire.

On voit bien comment les pratiques alternatives sont reléguées dans la marge, dans la périphérie du système. Elles sont utilisées avec beaucoup de retenue²¹⁹. Pour ce procureur, il faut qu'il s'agisse d'un délinquant primaire, éduqué, avec des bonnes valeurs. Et même là, le

²¹⁹ Qui plus est, certains observateurs ont avancé l'argument que les peines alternatives sont souvent appliquées à des cas qui n'auraient pas fait l'objet d'une peine d'emprisonnement. À titre d'exemple, Cartuyvels constate que «ces nouvelles sanctions éprouvent autant de mal à s'ériger en sanction autonome qu'à se poser en véritable alternative à la peine d'emprisonnement» (2002 : 119).

critère de l'aspect dissuasif est toujours présent, prêt à créer cet effet d'immobilisme qui nous garde sur la pierre « carcérale ». L'acteur acceptera à la limite de franchir le pas vers la sanction alternative s'il peut être convaincu que son utilisation sera bien encadrée et qu'elle pourra créer l'effet dissuasif nécessaire chez la personne. La sanction alternative, encore une fois, n'est pas valorisée en soi et on voit bien la résistance qu'elle provoque. Notons par ailleurs que ces « conditions d'admissibilité » que ce procureur juge essentielles ne sont pas données par la loi. C'est l'acteur lui-même, de son propre chef, qui limite la portée de ces mesures alternatives et ce, en faisant intervenir dans son raisonnement des idées qu'il emprunte aux théories de la peine; ce qui nous permet de faire le lien avec une deuxième remarque.

Le contexte d'énonciation dans lequel prennent forme les derniers énoncés sur les sanctions alternatives n'est pas incompatible avec la logique interne de la rationalité pénale moderne, bien au contraire. Il semble très clair que l'évaluation même de la sanction alternative soit faite sur la base de critères de validation dictés par ce système de pensée dominant et ses théories de la peine (en particulier la théorie de la dissuasion).

Dans ce processus d'évaluation, la sanction alternative « passe le test » de la validité si elle peut rencontrer les mêmes exigences de sévérité, de répression et d'affliction—et éventuellement de dissuasion—que l'on peut espérer rencontrer avec la peine classique du droit criminel moderne. Nous pouvons même accepter l'hypothèse selon laquelle les acteurs pensent aux sanctions alternatives à travers les idées des théories de la peine, pour mieux les faire accepter dans un système qu'ils savent valoriser la sévérité. Mais même si tel était le cas, des pratiques nouvelles peuvent émerger dans le domaine des sanctions, mais celles-ci ne sont accompagnées d'aucune innovation cognitive, la communication récursive stabilisant toujours les idées dominantes (sévérité, etc.); les sanctions alternatives cherchent plutôt à se stabiliser dans l'ordre de discours établi par les vieilles idées de la rationalité pénale moderne.

Ces dernières considérations montrent la puissance du système de pensée de la rationalité pénale moderne et l'influence qu'il exerce sur nos systèmes psychiques lorsqu'il s'agit de penser autrement le rapport crime-sanction. On peut difficilement imaginer dans un tel

contexte que ce rapport crime-sanction puisse être pensé dans un cadre dépourvu de l'hostilité (symbolique) qui caractérise les modes de résolution de conflits du droit criminel moderne. On pourrait par exemple difficilement imaginer que le dédommagement ou la réparation puissent remplir tous les critères de validation que semble ici vouloir nous imposer la rationalité pénale moderne. Notre entretien avec le juge 18 permet de comprendre à cet égard le type d'obstacle auquel nous avons affaire :

[JUGE #18] Si jamais il y avait [dans un conflit] une possibilité de réconciliation, de rapprochement, le contexte du droit criminel ne s'y prête pas. Pas du tout. On se braque. Les témoins de la poursuite, les témoins de la défense.

Les juges reconnaissent que les mesures alternatives permettent en effet de sortir des sentiers battus qui mènent à la prison et d'éviter toute une série de problèmes et de difficultés associés à ce mode de résolution de conflits. D'après le juge 18, on reconnaît les lacunes de la prison dans la communauté des juges, on est conscient du fait que la prison n'est pas la meilleure façon de favoriser la réhabilitation du condamné, par exemple. Le juge 18 insiste que cette prise de conscience n'est pas sans lendemain, que des efforts sont déployés pour tenter de trouver des solutions alternatives à l'emprisonnement.

[JUGE #18] Les juges ont cette créativité-là, les juges et puis tout le système de justice pénale... Parce que face à chaque politique carcérale, peu de gens sortent de là améliorés, à cause du problème de surpopulation dans les prisons qui fait en sorte que les gens sortent le lendemain d'une peine de prison... Les procureurs de la poursuite, la défense et les juges essaient de trouver des solutions autres que l'emprisonnement.

Si on s'en tient aux propos du juge 18, le problème ici ne serait donc ni un problème d'aveuglement volontaire par rapport à la prison ni d'ailleurs un manque de volonté par rapport au changement. Le problème serait plutôt, semble-t-il, de déterminer concrètement quelles pourraient être les solutions de rechange : quelles sont les alternatives qui peuvent s'offrir à nous?

Là où il y a peut-être aveuglement—et ce n'est sans doute pas volontaire—, c'est justement sur le plan de l'influence qu'exerce sur la cognition un système de pensée qui

empêche les acteurs judiciaires de voir ce qu'ils ne voient pas, mais qui pourtant existe, en l'occurrence, les sanctions alternatives. Elles existent, elles sont dans la loi, prêtes à servir. Elles sont là, latentes, mises à la disposition des juges; balisées, limitées, contrôlées, certes, mais elles existent. Or, comment expliquer que ce qui est pourtant bien visible devienne invisible, pour reprendre l'expression de Bourdieu, par «excès de visibilité» (cité dans Pires, 2007 : 10)?

Nous ne pouvons faire autrement ici que de renforcer notre hypothèse: la rationalité pénale moderne détermine, dans les systèmes psychiques—qu'ils en soient ou non conscients—ce qu'ils mobiliseront comme critères dans le processus de validation et de reconnaissance des sanctions alternatives. Ces critères, fondés sur l'idéal de la répression, de l'affliction, de la reconduction des hostilités, de l'exclusion sociale, etc., ne peuvent permettre la validation des sanctions positives.

Comme nous l'avions indiqué au début de ce chapitre, un système de pensée détermine les inclusions mais aussi les exclusions (au niveau cognitif). Sur le plan cognitif, nous pouvons dire que la RPM accomplit deux opérations : elle restreint la pertinence de certaines informations (décisions, prémisses décisionnelles, valeurs, etc.) et elle stabilise et renforce l'utilisation récursive de certaines autres informations.

Si les peines afflictives et génératrices d'exclusion sociale ont toujours pu compter sur les théories classiques de la peine pour faire avancer leur «cause», les sanctions alternatives n'ont pas, jusqu'à ce jour, pu compter sur une théorie adaptée. De ce fait leur statut reste volatile et incertain. Tant et aussi longtemps qu'une nouvelle théorie positive de la sanction ne viendra pas à la rescousse des sanctions alternatives pour stabiliser leurs propres «pierres» sur la traversée de la détermination de la peine, nous pouvons faire l'hypothèse qu'elles ne pourront être en mesure de générer un apport alternatif sur le plan des idées ou du système de pensée. En attendant, les théories de la peine de la rationalité pénale moderne continueront de bâtir le mur d'idées qui nous empêche de voir au-delà des murs du pénitencier. Nous reprenons ici l'analogie de Cauchie :

Un mur de prison peut bien « s'effriter », se lézarder voire provisoirement s'effondrer, il reste encore et toujours l'horizon grisâtre par rapport auquel situer les débats sur les crimes et les peines. Or, la référence moderne à cet embastillement, n'est-elle pas davantage due à un autre mur? Un mur que la surexposition en même temps que l'évidence ont paradoxalement rendu moins visible : un mur des idées. N'est-ce pas ce mur-là l'adversaire le plus farouche des si mal nommées alternatives à la prison? Ce mur que le droit criminel a patiemment bâti depuis 250 ans pour faire barrage à toute sanction qui ne mériterait pas le nom de punition. Ce mur qui apparaît chaque fois qu'on essaie de penser autrement qu'en termes de rétribution, d'exclusion ou de stigmatisation, chaque fois qu'on traite de questions liées à la sécurité, la dangerosité, au risque, à la dissuasion ou à la dénonciation. Ce mur qui apparaît chaque fois qu'on remet en cause l'association crime/peine, l'obligation de punir, ou encore la naturalisation d'une sémantique afflictive de la peine. (Cauchie, 2009 : 36)

Le problème au niveau du système de pensée n'empêche pas, soulignons-le, que les sanctions alternatives puissent sporadiquement, au niveau « micro », contribuer à rendre de meilleures décisions dans des cas concrets. Mais ce qui conservera le statut de « vraie sanction » à un niveau plus « macro » risque de continuer d'être déterminé par une seule et même représentation *du système dans le système*, c'est-à-dire la représentation de la rationalité pénale moderne entretenant, dans l'enceinte des communication internes du système de droit criminel moderne, une vision identitaire favorable à la souffrance, à l'exclusion sociale et à la reconduction des hostilités *dans le cadre carcéral*.

Or, si aux XVIII^e et XIX^e siècles, « la prison, nous rappelle Foucault, marque à coup sûr un moment important dans l'histoire de la justice pénale : son accès à l'«humanité'» (Foucault, 1975 : 267), qu'en est-il aujourd'hui? Avec un recul de plus de deux cent ans, les points de vue du système ont-ils évolué? Si on peut trouver dans les communications de la société—en sociologie, en criminologie, chez les militants, les organisations philanthropiques, et même dans l'enceinte du droit (commissions de réforme)—des doutes à l'effet qu'elle soit la plus « inhumaine » et la plus utile des possibilités, ces doutes ne semblent pas avoir été suffisamment puissants pour stimuler la créativité du droit dans le développement des sanctions alternatives. Dans les termes de Foucault : « on sait tous les inconvénients de la prison, et qu'elle est dangereuse quand elle n'est pas inutile. Et pourtant on ne « voit » pas par quoi la remplacer. Elle est la détestable solution, dont on ne saurait faire l'économie (Foucault, 1975 : 268).

Dans ce qui suit, nous allons considérer le point de vue du système : est-elle pour le système de droit criminel moderne lui-même, comme elle peut l'être pour d'autres, cette « détestable solution »?

5.3.4 La prison comme «peine de référence»

Dans le chapitre théorique (II), nous avons anticipé que la prison demeure encore «la peine de référence» pour *penser* les peines. Nous le constatons dans notre empirie. Les communications que nous avons relevées permettent par ailleurs de confirmer l'hypothèse de Pires voulant que les théories de la peine soient responsables de cette «place prépondérante» de la prison dans le système de pensée dominant du droit criminel moderne (Pires, 1990 : 448). Dans les trois extraits qui suivent, c'est la théorie de la dissuasion qui intervient pour stabiliser l'idéal de l'incarcération et de l'exclusion sociale:

[JUGE #20] Oui, la prison est généralement plus dissuasive qu'une liberté surveillée ou d'être confiné à domicile ou des choses comme ça.

[JUGE #23] En matière de *home invasion* [entrée par effraction], c'est un exemple, on va donner beaucoup plus de place à la dissuasion générale parce que c'est tellement affreux comme criminalité. Parfois, la dissuasion générale, même si elle ne fonctionne pas nécessairement, la priorité doit être mise là-dessus. Ça en prend beaucoup pour qu'un juge considère une peine autre que la détention ou la privation de la liberté.

[JUGE #18] Quand on parle d'exemplarité, c'est généralement pour justifier, peut-être que je me trompe, pour justifier une peine d'emprisonnement parce que c'est la peine la plus sévère puis la peine la plus spectaculaire depuis que la peine de mort a été abolie.

Sévérité, théories de la peine et prison sont ici invoquées dans une espèce de boucle fermée où chaque élément justifie et appelle l'autre.

Dans le prochain extrait, c'est la théorie de la dénonciation qui arrive en renfort :

[JUGE #8] C'est sûr qu'en général, lorsqu'on parle de dénonciation et de dissuasion, souvent, ça va se répercuter par une peine d'emprisonnement. C'est sûr. Mais il ne faut pas faire l'équation mathématique : dénonciation = prison. C'est fautif de faire ça. Si je

faisais ça, je me ferais casser par la cour d'appel. Les principes du prononcé de la peine nous indiquent ça aussi: la dissuasion ne veut pas dire de la prison même si en réalité, souvent, c'est le cas.

Le dernier extrait montre que même si les théories de la dissuasion et de la dénonciation pourraient hypothétiquement permettre des mises en application non carcérales—ces théories n'impliquent pas nécessairement dans leur formulation l'obligation formelle d'exclusion sociale—la tendance veut que ce soit bel et bien cette possibilité qui ait été concrètement privilégiée avant toute autre. Et lorsque dans l'extrait on se réfère au risque d'une révision de la décision en cour d'appel, ce à quoi on fait référence, c'est à la possibilité que le système rejette lui-même les sélections « inédites » pour imposer la continuation de la tradition carcérale et la préservation des auto-descriptions identitaires dominantes.

À cet égard, en faveur de l'incarcération et de l'exclusion sociale, la théorie de la dissuasion, plus particulièrement, s'avère être un support cognitif redoutable. En effet, même si dans un cas spécifique on pouvait admettre que la dissuasion spécifique de l'individu ne nécessite pas son incarcération, cela n'affecte en rien l'obligation pratique d'incarcérer puisqu'il faut néanmoins assurer la dissuasion générale d'autres criminels potentiels. Or, cette dissuasion générale passe par l'exemple du châtement sévère, celui qui paraît le plus à même de marquer l'imaginaire, en l'occurrence la peine privative de liberté. L'individu qui est personnellement dissuadé peut alors servir d'exemple en faisant l'objet, malgré tout, du châtement carcéral. C'est le raisonnement qui apparaît dans la prochaine communication :

[PROCUREUR #24] Mais rendu devant le juge, qui doit individualiser la peine, qui va devoir sentence un individu qui ne mérite sûrement pas d'aller en prison, c'est difficile. Je pense que c'est là où c'est très difficile pour le juge d'imposer une peine qui est appropriée pour répondre à un critère de dissuasion générale alors que dans le cas personnel de cet accusé-là, c'est bien difficile d'accéder à cette fonction.

Vient se juxtaposer aux deux théories précédentes, la théorie de la rétribution laquelle semble elle aussi exprimer une préférence en faveur de la solution carcérale. Le juge 29 actualise cette idée : «Je crois que des fois, il faut emprisonner pour punir. Des fois, il faut punir».

Qu'en est-il finalement de la théorie de la réhabilitation? Peut-elle briser le cercle de la redondance où viendra-t-elle boucler la boucle? Bien qu'elle soit à certains égards plus positive que les autres (ne serait-ce que parce qu'elle veut réformer l'individu et non le châtier), la théorie de la réhabilitation n'échappera pas à l'idéal du carcéral. Dans sa forme originale, elle se présente bel et bien comme une théorie *du pénitencier*. Nous avons retracé sa matrice dans les propos du juge 20 :

[JUGE #20] Et ensuite, évidemment la réhabilitation... parfois une sentence plus longue peut être justifiée pour favoriser une réhabilitation. On sait que pratiquement quand la sentence est de moins de deux ans, l'accusé va à la prison provinciale. Or, on sait que c'est plus long au pénitencier et que les moyens disponibles vis-à-vis la réhabilitation ne sont pas les mêmes [sous-entendu « plus nombreux » et/ou « mieux adaptés »].

L'extrait met en exergue les deux postulats de la théorie de la réhabilitation de la première modernité : 1) réformer un individu demande du temps (ce n'est pas un résultat que l'on peut obtenir de façon instantanée; 2) le temps qui réforme, celui qui est valorisé, c'est celui que l'individu passe à *l'intérieur* des murs de l'institution carcérale. Le NCPRD²²⁰ reprend ces deux fondements:

Reformation is a work of time; and a benevolent regard to the good of the criminal himself, as well as to the protection of society, requires that his sentence be long enough for reformatory processes to take effect (NCPRD, 1870²²¹).

On peut probablement sans trop d'hésitations adhérer au premier postulat de la théorie, mais les choses ne paraissent pas aussi évidentes pour le second postulat. En quoi le « temps » en milieu ouvert ne pourrait-il pas s'écouler en faveur de la réforme de l'individu? Ce dernier postulat sera plus tard remis en question et la qualité du temps passé en milieu ouvert sera finalement reconnue dans une autre version de la théorie de la réhabilitation : la théorie de la réhabilitation de la deuxième modernité. À partir des années 1960, les théories de la réhabilitation carcérale et non carcérale cohabiteront côte à côte dans l'univers de sens du droit criminel moderne. Si on s'en tient à notre empirie et à l'invisibilité de la seconde théorie

²²⁰ National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline.

²²¹ National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline, cité dans Von Hirsch et Gross, 1981: 54.

dans la communication systémique, il semble toutefois qu'en ce début du XXI^e siècle, la « version carcérale » de la première modernité prime encore sur la « version communautariste » de la seconde modernité.

En somme, derrière l'idée de la prison, les théories de la peine se fédèrent. Selon chacune, les fondements du droit de punir peuvent rester différents, voire s'avérer incompatibles les uns avec les autres, mais sur l'ontologisation de l'idéal punitif ou réhabilitatif, elles s'accordent pour favoriser le cadre carcéral.

Dans certains circuits de communication, les objectifs visés par l'incarcération vont ainsi s'aligner l'un sur l'autre, nous permettant d'observer l'effet du système de pensée sur la stabilisation de l'expectative normative favorisant l'exclusion sociale du justiciable. La communication se réfère ici aux longues peines d'incarcération et montre comment tous les chemins cognitifs valorisés par le système (dissuasion, rétribution, etc.) mènent à la prison :

[PROCUREUR #11] C'est une dénonciation, c'est une dénonciation, c'est une rétribution, c'est une peine de dissuasion, c'est une peine longue, c'est une peine pour avoir enlevé la vie à quelqu'un, de façon volontaire, etc. Donc, pour le meurtre, par exemple là, je pense que le procureur voit ça comme étant «on vous met à l'ombre, allez réfléchir pendant 25 ans».

Devant la complexité des considérations dont il faut tenir compte dans la détermination de la peine et la confusion qui peut parfois en résulter, on reconnaîtra une orientation cohérente permettant de motiver au moins *une* décision avec assurance : celle d'avoir recours, en cas de doute, au carcéral.

[PROCUREUR #19] C'est presque devenu un mantra, la dénonciation, quel que soit le type de peine imposé. Et souvent c'est ce que je remarque de toute façon. On fait état de l'ensemble des principes, ce qui est toujours excellent parce que ça évite de se faire casser en appel.

On peut ne pas saisir toutes les subtilités des différentes théories de la peine au deuxième niveau d'observation²²², mais à partir du moment où on saisit l'expectative normative du troisième niveau (système de pensée), la décision peut être prise et le droit criminel moderne peut se reproduire dans *l'attendu* plutôt que dans *l'autrement*. Les communications suivantes illustrent le phénomène :

[PROCUREUR #24] Le juge doit regarder tous les facteurs individuels dans le dossier. Il doit prendre en considération tous les principes. Il mélange tout ça ensemble et il devrait finir à avoir un résultat qui répond à tout.

[JUGE #4] On nous donne finalement au niveau du *sentencing* tout un paquet de critères... Mais moi j'ai toujours décrit ça comme une espèce de gibelotte où finalement le juge, en grande partie, est laissé à lui-même, à son expérience, à son sens de la justice, à son sens de la protection de la société, mais aussi à son sens de la réhabilitation de l'individu.

La question qui se pose, dans un tel contexte d'exclusivité carcérale, est notamment celle de la valeur « liberté », des mécanismes mis en place ou non dans la détermination de la peine pour protéger cette valeur considérée par ailleurs comme fondamentale. À cet égard, la communication du procureur 17 laisse entendre que le système n'entretient pas beaucoup d'illusions ou d'idéaux garantistes pour l'avenir.

[PROCUREUR #17] Mais les principes du sentencing sont clairement une négation des droits de la personne. [...] Quand on incarcère quelqu'un, c'est sûr qu'on brime ses droits. Il n'y a pas comment sortir de ça. Je veux dire, ça ne peut pas être plus clair que ça.

.....
Oui, on brime ses droits, c'est certain, mais est-ce une atteinte qui devrait être corrigée ou sur laquelle on devrait intervenir? La réponse, c'est non. Non, parce que, tu sais, ça fait peut-être enfantin, mais c'est lui le premier qui l'a fait [porter atteinte aux valeurs fondamentales].

Dans cette communication, ce qui ressort c'est, d'une part, le rétributivisme légitimant le mal distribué en réplique à un autre mal (dans une formulation kantienne : le mal que tu fais à l'autre tu te le fais à toi-même), mais c'est aussi, d'autre part, une légitimation de l'atteinte

²²² Nous renvoyons le lecteur à la figure 5.1.

aux droits de la personne du justiciable. Il s'agit d'une réalité qu'on ne niera pas, elle sort ici de l'angle mort, elle est sans doute regrettable, mais au bout du compte, c'est l'individu qui en est responsable, et non pas le système. Bref, la reconnaissance de l'irritation que provoquent les droits de la personne sur les structures systémiques de la détermination n'est pas en soi convertie en information pertinente pouvant guider l'auto-correction structurelle ou encore catalyser de nouvelles auto-descriptions identitaires. Les auto-descriptions dominantes continuent de déterminer l'identité du système sur le plan cognitif. En appui à cette observation, considérons la prochaine communication :

[JUGE #21] Il est certain qu'on gâche des vies avec des peines dont le seul but est de dénoncer. Ça c'est certain. Une peine d'emprisonnement à perpétuité avec un minimum de 25 ans? Si on gâche une vie? C'est certain. On institutionnalise l'individu, on décide comme société d'institutionnaliser quelqu'un qui ne sera plus jamais capable de fonctionner librement. C'est vrai. Mais ça fait partie de notre culture juridique, comme au début du XIX^e siècle la peine de mort faisait partie de la culture juridique. Et dans ce sens-là, nous faisons partie de cette culture-là.

La « culture juridique » ou encore son produit, l'historicité identitaire de notre système de droit criminel—laquelle le système a lui-même construit tout au long de la modernité, à coup de décisions autopoïétiques se référant les unes aux autres—apparaît ici comme un obstacle significatif devant la possibilité d'une réception garantiste des droits de la personne. Cette culture juridique, ce que nous avons appelé « le système de pensée » dominant du droit criminel moderne, est ici reconnue comme établissant un « devoir être », une expectative normative généralisée et dont les effets s'observent, du point de vue de l'observateur de deuxième ordre (le sociologue), en termes de « non inventivité » (Pires, 2001a) et de difficultés d'apprentissage en ce qui concerne les normes de sanction. Elle nuit à l'émergence d'une forme alternative d'auto-description identitaire susceptible de prendre le contre-pied des formes juridico-pénales avilissantes. En ce sens, Salas a sans doute raison de dire que « les ressources du procès pénal [...] proposent une offre de sens sans concurrence » (Salas, 2005 : 79). Du point de vue de la communication du système, tout semble se passer comme si en effet il n'y avait pas de concurrence :

[JUGE #20] Et entre autres, je veux dire, le non emprisonnement, quelles sont les alternatives? Qu'est-ce qui est disponible?

La prison semble avoir réussi à donner l'illusion d'être devenue le dernier arrêt du train de la pénalité moderne, celui au-delà duquel plus rien n'existe. Nous avons oublié que la prison a été une solution contingente, qu'elle n'a pas existé depuis toujours, au contraire, qu'elle est une invention récente, elle-même une peine alternative (aux supplices). Cependant, peu de temps après sa généralisation dit Foucault : «Elle sembla sans alternative, et portée même par le mouvement de l'histoire» (Foucault, 1975 : 268). Et il ajoute que le fait que l'emprisonnement soit devenu «la base et l'édifice presque entier de notre échelle pénale actuelle», trouve son explication non pas dans les «caprices du législateur» mais ailleurs : «c'est le progrès des idées et l'adoucissement des mœurs». Pour terminer et refléter aussi la communication du juge, par rapport à la prison si le «climat d'évidence s'est transformé, il n'a pas disparu» : «on ne "voit" pas par quoi la remplacer» (Foucault, 1975 : 268).

Ce caractère d'évidence «portée par le mouvement de l'histoire» demeure actuel dans les communications du système et réel dans ses effets en ce qui concerne les décisions sur les peines. À cet égard, comme nous l'avons anticipé dans le chapitre théorique, la prison demeure encore «la peine de référence» pour *penser* les peines. Or, comme l'a fait remarquer Boudon, l'adhésion, même généralisée, à certaines théories et idées, ne veut en aucun cas dire qu'elles soient nécessairement «vraies», ni «bonnes» (Boudon, 1990 et 2003).

Si on récapitule l'essentiel de ce qui a été observé dans le cadre de cette analyse, on dira que nos résultats de recherche nous ont permis de voir que: (i) la plupart du temps, les acteurs judiciaires ne voient aucune incompatibilité entre l'emprisonnement (même prolongé) et les droits de la personne; que (ii) dans les rares occasions où la question est perçue sous cet angle, les arguments des théories de la peine viennent à la rescousse de la peine de prison, réitèrent l'expectative normative généralisée du carcéral, maintiennent les sanctions alternatives dans la périphérie communicationnelle et empêchent l'émergence d'un nouveau système de pensée plus positif, plus garantiste en matière de normes de sanction.

En tant qu'observateur de deuxième ordre, Simmel avait lui-même identifié, dans d'autres domaines, les «effets d'accoutumance» (cité dans Boudon, 1990 : 110) que peuvent produire certaines idées ou pratiques lesquelles devraient faire, nous pouvons dire, à tout le moins l'objet d'un avertissement auprès des usagers. Au Canada, les avertissements de ce genre ont modifié radicalement le graphisme des paquets de cigarettes ce qui a eu pour effet, dit-on, de faire diminuer la consommation de tabagisme au sein de la population. Devra-t-on, dans un esprit d'imagination sociologique, introduire, à côté de chaque peine d'emprisonnement prévue au Code criminel, une mise en garde à l'attention de celui qui applique la loi disant : «Danger: l'usage récurrent de cette peine crée un effet d'accoutumance et peut causer des dommages irréparables et irréversibles dans le tissu social»? Si la formule semble avoir produit les effets escomptés sur les taux de tabagisme, il est très peu probable qu'on obtienne le même résultat auprès des acteurs judiciaires. Pourquoi? Parce qu'ici, le problème n'est pas relié aux individus, il est relié à la communication. Nous ne nous contenterons pas de l'affirmer théoriquement ou d'insister sur l'idée épistémologiquement, nous allons tenter, dans la prochaine section de ce chapitre, de le démontrer empiriquement.

5.4 La rationalité pénale moderne : une rationalité du système indépendante des croyances des acteurs

Une des positions de départ de notre recherche, explicitée dans le chapitre théorique (II), insistait sur l'importance de concevoir la rationalité pénale moderne comme un système de pensée *du* système de droit criminel moderne. Le but était de distinguer clairement cette rationalité de ce que pensent personnellement les acteurs en tant que systèmes psychiques autonomes. Ceci n'empêche aucunement que l'on puisse, dans un tout autre type d'analyse, privilégier la contribution subjective des acteurs dans la mise en oeuvre des attentes normatives du système. À cet égard, Crozier et Friedberg nous ont fourni une rigoureuse analyse de la relation entre l'acteur et le système (1977). Nous ne remettons pas en question leurs conclusions ni contestons-nous les contributions importantes apportées par les recherches ethno-méthodologiques et interactionnistes sur le *sentencing*. Mais l'objet ici, est tout autre. Il faut voir le niveau d'observation que nous avons privilégié (niveau macro-

sociologique) dans une perspective de complémentarité (et non d'opposition ou de hiérarchisation) par rapport à d'autres niveaux possibles et tout à fait utiles et nécessaires²²³.

Le but de cette section est de mettre en valeur ce que nous permet d'apprendre une analyse empirique lorsque celle-ci se décentre de l'acteur pour considérer la communication en tant que phénomène proprement social et autonome. Il nous paraît en effet important non pas d'opposer, mais à tout le moins de distinguer les croyances subjectives des acteurs et «celles» *du* système. La distinction sur laquelle nous insistons ici est par ailleurs reprise et acceptée comme telle par les acteurs eux-mêmes : l'effet système, pour eux, est indéniable, voire déterminant. En témoignent les deux extraits suivants :

[JUGE, 21] Mais le juge ne peut qu'appliquer les facteurs que la loi prévoit pour déterminer une peine. Le juge ne peut pas ajouter à ces facteurs là sa propre conception de la société. Ce n'est pas ce qu'on attend d'un juge.

.....
Le juge n'est pas là sur le banc pour ses opinions personnelles. On s'en fout de ses opinions personnelles. Il est là pour trancher des débats à la lumière du droit.

[JUGE #8] [Si] on parle entre amis, c'est une autre chose peut-être, je peux dire : « Et bien, je ne suis pas d'accord avec tel genre de peine, c'est trop sévère, je ne suis pas d'accord avec le gouvernement en place parce que là, on serre trop la vis, etc. », comme n'importe quel autre citoyen. Mais quand je remets mon habit judiciaire, ce n'est plus la même chose. Là, il faut que j'enlève ces considérations-là de mon esprit.

La communication illustre bien clairement qu'il y a des attentes normatives reliées au système, notamment celles qui se rattachent à une certaine conception du rôle du juge ou du procureur. Les effets de la différenciation fonctionnelle sont par ailleurs bien visibles : on

²²³ Il faut cependant rester vigilant dans l'observation et avoir bien en tête le niveau à partir duquel nous conduisons l'analyse. S'il s'agit d'étudier l'arbre, on perd de vue la forêt, ce qui ne veut pas dire que celle-ci n' «existe» pas pour celui qui s'abstrait des particularités de l'arbre et qui perdra lui-même de vue les particularités de l'arbre qui pourtant n'ont pas cessé d'exister. La prise en compte de ces remarques épistémologiques nous permettrait d'éviter des guerres de clochers inutiles et de mettre plutôt en relief la complémentarité des perspectives. Cette auto-surveillance épistémologique pourrait par ailleurs nous permettre d'éviter des affirmations tranchées comme celles de Wilson qui nie catégoriquement l'importance des théories de la peine dans la compréhension du processus de détermination de la peine. Il dira, entre autres : «The reasons for the sentencing patterns in many courts have little or nothing to do with achieving some general social objective, but a great deal to do with the immediate problems and idiosyncratic *beliefs of the judges*» (Wilson, 1981: 215, nos italiques).

« 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 qui nous observent. On «sait» que pour communiquer, il faut parler le «langage» du système, se faire «information pertinente» et non pas «bruit». Comme l'explique Miller, c'est une condition proprement moderne d'inclusion qui a ses implications concrètes dans la pratique.

Let us presume for a moment that relevant social communication is constrained by the semantics of functional specific codings and programs which cannot simply be changed by individual subjects 'by fiat' and which, moreover, in modern society decisively determine which beliefs are collectively valid at least for certain social groups, then the semantics of function systems indeed leads some 'life' of its own and is differentiated from anything else which individual subjects may additionally and idiosyncratically believe (Miller, 1994: 112-113).

Ces dernières observations viennent non pas remettre en doute, mais bien remettre au bon niveau d'observation les analyses de Hogarth sur le processus de détermination de la peine qu'il décrit comme un «human process». Tata souligne ici les implications de la théorie d'Hogarth et apporte les nuances nécessaires :

In his pioneering and hugely influential study, *Sentence as a Human Process*, Hogarth (1971) advanced the thesis that sentencing is determined largely by the penal philosophies of the individual sentencer.

.....
 [One] finding from *Sentencing as a Human Process* which merits re-examination concerns the assumption that the production of sentencing decisions is fundamentally an individual activity. (...) Yet *Sentencing as a Human Process* might be characterized as 'sentencing as an individual cognitive process' (Tata, 2008: 433-434).

La détermination de la peine, un «human process», certes, au niveau plus « micro », mais au niveau « macro », notre empirie indique l'influence d'un système de pensée qui nous repositionne donc devant un «systemic process».

Cela dit, on peut admettre que les motivations personnelles des acteurs soient dans bien des cas au diapason avec les motivations institutionnelles du système²²⁴. On pourrait parler

²²⁴ Nous avons observé, de fait, dans notre empirie, qu'en tant que vocabulaires de motifs, les théories de la peine ont un impact sur les systèmes psychiques des juges et des procureurs, elles

alors d'une situation où «l'individu s'éprouve comme incarnant son rôle» (au sens de Martuccelli) et où «en bref, l'individu est ce qu'il fait» (Martuccelli, 2002 : 209). La sociologie a de fait forgé des concepts comme celui de «rôle» ou de «socialisation professionnelle» pour expliquer ces processus de conformité entre les valeurs d'un système ou d'une organisation et celles devenues plus «personnelles» du point de vue des acteurs membres. L'adhésion est possible, mais ce qu'il faut surtout retenir ici, c'est qu'elle n'est absolument pas une condition nécessaire à la reproduction du système. Ce qui est une condition de reproduction du système, c'est la continuation de la communication : 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. Est-ce à dire qu'un juge pourrait motiver une peine sur la base de la théorie de la dissuasion, par exemple, sans même partager les croyances de celle-ci? C'est ce que suggère la théorie des systèmes et c'est aussi ce que nous observons empiriquement :

[PROCUREUR #12] Je n'y crois pas dans la dissuasion. J'ai un petit peu de misère. Je m'en sers pour argumenter, pour essayer d'augmenter une cause. Je vais dire : «Dissuasion! On en a besoin! ». Si cet individu-là mérite plus, je vais dire : «Dissuasion générale! ». Vous allez entendre les mots sortir de ma bouche. Mais normalement, je n'y crois pas.

Faut-il rappeler ici, à la lumière de cette dernière communication, l'importance de la mise en garde de Teubner quant à la nécessité, pour la sociologie du droit, de «se rendre compte de l'abîme qui sépare les motivations psychologiques de la communication sociale» (Teubner, 1996 : 126)? Il peut en effet y avoir un abîme entre la communication du système et les opinions subjectives des individus, entre la cognition sociale des théories de la peine et celle des individus. L'abîme peut rendre l'individu mal à l'aise : «J'ai un petit peu de misère avec ça» (Procureur 12, cité ci-dessus). L'individu peut même, à la limite, percevoir la situation comme étant dérisoire : «Ce n'est pas démontré qu'au niveau de la dissuasion générale quelque sentence que ce soit ait quelque effet que ce soit, mais malgré tout, je pense [le reste de la phrase est ponctué de rires] qu'il faut entretenir une illusion à quelque part!» (Juge 4).

affectent leurs propres croyances et visions du monde. La tendance n'est en ce point nullement différente de celle qu'avait observée Boudon : «le sujet social a tendance à puiser ses interprétations du monde dans le corpus de savoir tenu pour légitime» dans l'espace où il opère (Boudon, 1990 : 39).

Ainsi, comme l'avait souligné Boudon, toutes sortes de processus peuvent être à l'origine du fait que les individus se rallient aux idées des organisations et systèmes dans lesquels ils oeuvrent (Boudon, 1990 : 176). Mais à partir du moment où les individus acceptent malgré tout de supporter la communication sociale, l'abîme ne pose aucun problème *du point de vue du système* : il n'empêche pas la continuation de la communication ni, par conséquent, la reproduction du système de pensée dominant.

Conclusion

Dans le présent chapitre, nous avons vu que même si les théories de la peine pouvaient diverger entre elles sur certains points (par exemple, sur les fondements du droit de punir, sur les objectifs poursuivis par le châtement, etc.), sur certains autres points, elles faisaient cohésion, permettant ainsi de former un noyau dur autour d'éléments considérés importants pour l'identité du système : l'obligation de punir par exemple, la valorisation de l'affliction et/ou de l'exclusion sociale, la méfiance envers les sanctions alternatives à l'emprisonnement carcéral, etc.

Il peut y avoir des circonstances exceptionnelles où les théories s'affrontent réellement. Nous pouvons dire, par exemple, que la théorie de la réhabilitation a su tenir tête aux pressions exercées par les autres théories dans la justice des mineurs (pour un temps en tout cas²²⁵). Mais mis à part ces moments exceptionnels, dans la conception du droit de punir, de l'affliction, de survalorisation du carcéral et de la marginalisation des sanctions alternatives, les théories de la peine ne constituent pas des alternatives les unes par rapport aux autres.

Dans notre chapitre théorique, en nous basant sur Mills (1940), nous avons caractérisé les théories de la peine comme des «vocabulaire de motifs» pour punir. Mais voilà que de l'autre côté des discours empiriques, nous nous retrouvons avec l'impression que le terme

²²⁵ Aujourd'hui nombre d'observateurs déplorent le retour en force des théories du noyau dur pour faire face au problème de la délinquance juvénile. On observe la même chose dans la justice réparatrice.

«vocabulaire» n'est peut-être pas assez fort ni assez précis pour décrire la prégnance de ces théories (dans leur forme organisée) sur les normes de sanction.

En effet, les décrire comme des «vocabulaires» ne permet pas de mettre en évidence leur caractère autoritaire et dominant par rapport à d'autres « vocabulaires », comme celui que nous suggèrent le principe de modération ou celui de l'*ultima ratio* qui sont, l'un comme l'autre, des « vocabulaires de motifs » qui interviennent ou peuvent intervenir dans la détermination de la peine. Or, quand tout peut ainsi se confondre dans une même désignation langagière, il est alors difficile de garder en tête les nuances. Il devient alors tout à fait opportun de revoir la terminologie.

Nous allons donc proposer d'abandonner le terme de «vocabulaire» dans la caractérisation des théories dominantes de la peine pour lui substituer le terme de «grammaire»; on parlera désormais de «grammaire des motifs»; le terme de «grammaire» suggérant ainsi l'influence d'une certaine autorité dans la mise en forme de la détermination de la peine. Concevoir les théories de la peine en tant que «grammaire de motifs» permet de voir que l'autorité épistémique qui décide ou influe sur la mise en forme de toute une série de vocabulaires, de médiums ou d'idées, ce sont les théories de la peine du système de pensée dominant. Dit autrement, en tant que vocabulaires de motifs différents des autres vocabulaires de motifs—différents parce que plus dominants, plus autoritaires et donc plus présents—les théories de la peine de la rationalité pénale moderne en sont venues à constituer la «grammaire» de la détermination de la peine en matière de droit criminel moderne. Leurs idées sont celles qui façonnent, encadrent et disciplinent les communications sur les peines. En tant que grammaire, elles imposent des règles, créent des attentes normatives, excluent certains vocabulaires en spécifiant ceux qui sont «conformes», acceptables, concordants avec le langage qu'elles favorisent. C'est cet aspect «disciplinant» des idées des théories de la peine qui nous amène à justifier le passage de la notion de « vocabulaire » à celle de « grammaire ».

Nos résultats de recherche ont indiqué clairement que la communication sur les peines est soumise à des «restrictions» et que les probabilités d'actualisation des idées garantistes des droits de la personne ou des idées des théories de la peine sont «inégaies» (Bateson, 1972 :155-156). Le caractère systémique de la RPM, le fait que les théories de la peine, malgré leurs différences sur le plan des «combinaisons d'idées» ne produisent pas de différences en ce qui concerne les «programmes d'action» peut être très bien visualisé par l'image que suggère Bateson pour mieux comprendre l'explication cybernétique qui fait en sorte qu' «un grand nombre de ''restrictions différentes''» puissent se «combinaisonner pour aboutir à une «détermination unique». L'auteur propose une analogie avec la description d'un puzzle :

[...] le choix d'une pièce pour combler tel vide est ''restreint'' par de nombreux facteurs : sa forme doit être adaptée à celle des pièces voisines et, en certains cas, également à celle des frontières du puzzle; sa couleur doit correspondre à celle des morceaux environnants; l'orientation de ces côtés doit obéir aux régularités topologiques déterminées par la machine qui a découpé les morceaux du puzzle, etc.

La machine RPM a produit un certain nombre d'idées et de théories qui orientent la façon par laquelle le vide, chaque cas en attente de décision, doit être comblé. Les idées qui orientent le choix des sanctions peuvent diverger, mais elles restent à l'intérieur des mêmes frontières et doivent être adaptées aux «régularités cognitives» qu'installe la RPM : obligation de punir, valorisation de la sévérité, exclusion des mesures substitutives. Les acteurs peuvent rejeter ici et là un sous-produit d'une théorie en particulier, rejeter par exemple la rétribution, mais généralement ils le feront en prenant appui sur une autre théorie de la peine, restant ainsi prisonniers de la «bouteille à mouches» de la rationalité pénale et sous l'emprise de la grammaire dominante. Pendant que les individus se tiraillent autour de la question de savoir quelle est la « meilleure » raison de punir (nous sommes au 2^e niveau d'observation), ils perdent de vue l'essentiel : leurs remises en question n'atteignent aucunement le système d'idées dominant (nous passons au 3^e niveau d'observation) qui, lui, continue de servir de grammaire à la communication pour, de toute façon, privilégier des sanctions afflictives et/ou génératrices d'exclusion sociale. Les acteurs peuvent par ailleurs ne pas adhérer personnellement aux allégations ou aux promesses d'une théorie en particulier et choisir tout de même—pour différentes raisons—de l'utiliser pour y puiser des motifs de

légitimation de la peine. Ce faisant, le système n'a que faire des hésitations psychiques, il ne se « préoccupe » que de la communication sociale et de sa continuation.

Enfin, sous le poids de ces observations—nous l'avons hypothétiquement pressenti à la fin du chapitre précédent—nous en arrivons à la conclusion que l'univers cognitif des normes de sanction est effectivement engorgé de théories négatives et qu'il est dans ce cadre difficile d'imaginer comment une brèche pourrait laisser entrer dans ce cachot ne serait-ce qu'un faible rayon de lumière garantiste, émis par une mise en forme positive du médium droit de la personne. Nous espérons avoir pu, au bout de l'exercice, mieux décrire l'«inertie organisationnelle» cognitive qui advient du fait que, dans le système de droit criminel moderne, il existe des structures cognitives reliées aux théories fondatrices qui empêchent la création de nouvelles possibilités évolutives (inspirées par exemple, de la sémantique garantiste des droits de la personne). Nous pouvons, à ce sujet, citer Niosi et dire avec lui que «flawed founding structures may impede organization's ability to adapt to a changing environment or to adopt current best practices» (Niosi, 2002: 295).

Dans le dernier chapitre, nous proposerons une synthèse des principaux obstacles qui semblent empêcher les droits de la personne de devenir des ressources normatives et innovatrices dans le domaine des peines, et de développer de nouvelles possibilités évolutives, de nouvelles formes, susceptibles de faire concurrence à la rationalité pénale moderne.

CHAPITRE VI

OBSTACLES À UNE MISE EN FORME INNOVATRICE DES DROITS DE LA PERSONNE DANS LES PEINES DU DROIT CRIMINEL MODERNE

Il y a des moments dans la vie où la question de savoir si on peut penser autrement qu'on ne voit est indispensable pour continuer à regarder ou à réfléchir (Michel Foucault, 1984 : 14).

Introduction

Les deux chapitres analytiques précédents proposaient une description des deux circuits de communication que nous avons voulu mettre en relation dans cette recherche : il fut question, respectivement, de celui des droits de la personne (chapitre IV) et de celui des théories de la peine de la première modernité (chapitre V). L'objectif poursuivi était celui d'établir les particularités de chacun, mais de voir également les possibles influences que ces circuits de communication pouvaient exercer l'un sur l'autre dans le contexte de la rationalité pénale moderne.

Dans ce dernier chapitre d'analyse, nous nous proposons de croiser les résultats obtenus dans les chapitres analytiques précédents de manière à pouvoir maintenant systématiser, à partir de notre empirie, les principaux obstacles à une percée garantiste et innovatrice des droits de la personne sur le plan de la conception des modes d'intervention et du choix des sanctions. Nous nous efforcerons de proposer des interprétations plus «globales» des phénomènes observés.

Jusqu'ici, en termes d'obstacles, nous avons surtout mis l'accent sur ceux créés par le système de pensée dominant de la rationalité pénale moderne. Nous allons ici élargir le spectre d'observation de manière à pouvoir considérer ceux qui, sans directement relever de

la RPM, contribuent à reproduire de la redondance. Nous espérons pouvoir, au terme de cet exercice, enrichir la réflexion que nous avons pu développer jusqu'ici et augmenter la qualité de nos hypothèses par rapport aux formes de réception paradoxales de la sémantique des droits de la personne en matière de détermination de la peine.

Ce chapitre sera divisé en quatre sections. Dans la première, nous nous proposons de systématiser les obstacles cognitifs directement reliés à la rationalité pénale moderne—nous insisterons pour l'instant davantage sur la vision identitaire que cette rationalité génère (6.1). Dans la deuxième section, nous exposerons certains obstacles reliés à la façon dont les acteurs conçoivent leur rôle en tant que gardiens des droits (6.2)²²⁶. Dans la troisième, nous indiquerons les obstacles qui sont reliés à la sémantique même des droits de la personne (6.3). Finalement, dans une quatrième et dernière section, nous allons conclure avec une réflexion sur les «possibles non actualisés» (ou très peu) qui permettent de décrire la sémantique des droits de la personne comme un «attracteur de changement» théoriquement susceptible—sous certaines conditions—de renouveler la communication sur les peines (6.4). Cette dernière partie nous paraît importante parce qu'elle s'inscrit directement dans l'hypothèse générale voulant qu'un système social déficient sur le plan de l'évolution peut néanmoins se transformer s'il complexifie ses modes de pensée et s'autorise lui-même à penser autrement. Nous allons mettre en relief les éléments surprenants et innovateurs que nous avons pu trouver dans notre matériel empirique et pouvant être décrits comme des *variables de variation*²²⁷ au sens où ils permettent d'imaginer l'actualisation de nouvelles possibilités, de nouvelles formes garantistes des droits de la personne au plan des modes d'intervention.

²²⁶ Nous avons sélectionné ces obstacles notamment en fonction du fait qu'ils sont apparus de façon répétitive dans les communications supportées par les acteurs judiciaires que nous avons interviewés.

²²⁷ Nous nous sommes ici librement inspirée du concept «variables de contrainte» de Diebolt (2000 : 501).

6.1 Obstacles reliés à la vision identitaire : le système de droit criminel comme un «système qui se pense pensé» (Gauchet²²⁸)

La théorie des systèmes sociaux soutient que les systèmes et les organisations ont une identité et qu'elles ont aussi des autoportraits identitaires et que nous pouvons observer les uns séparés des autres. L'identité²²⁹, c'est ce qui permet au système d'être un système dans un environnement, c'est ce qui le distingue du reste. Les autoportraits sont contingents et pluriels et correspondent au résultat de l'activité réflexive du système. L'identité organisationnelle, précisent Ashforth et Mael, «provides a lens for perceiving and interpreting the environment, [...] affects what is attended to and, therefore, what gets noticed» (cités dans Seidl, 2003: 137).

Le chapitre précédent nous a permis de montrer empiriquement l'emprise de la rationalité pénale moderne et comment, à travers elle, le système «se pense pensé» (Gauchet, paraphrasé par Diebolt, 2000 : 496). Avec la rationalité pénale moderne, le système s'accroche à une vision identitaire hostile et négative, privilégiant l'affliction et/ou l'exclusion sociale comme mode de résolution de conflits; sans les théories de la peine qui la composent, le système se pense «dénaturé», menacé dans son identité propre et dans sa différenciation par rapport à l'environnement. Ainsi, dans sa clôture cognitive, le système se replie sur du *connu*, sur ses vieilles théories, et cristallise, ce faisant, les structures «de sélection d'éléments ou de possibilités» (Amado, 1989 : 21) qui ont été instituées dans la première modernité.

Cette vision identitaire, figée dans le temps, résulte du fait que le système qui pense à travers les lentilles de la RPM n'y retrouve aucune structure cognitive qui lui permettrait de distinguer la notion d'identité de celle d'identification contingente. L'identité du système est

²²⁸ Cette expression nous a été suggérée par l'usage qu'en fait Serge Diebolt (2000), dans un contexte différent du nôtre, du texte «De l'avènement de l'individu à la découverte de la société» de Marcel Gauchet (1979).

²²⁹ Amado explicite les prestations de l'identité au système : «Pour contrôler sa propre sélectivité et ses frontières face à l'environnement, le système auto-référentiel 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. Cette inclusion de l'identité, propre comme référence centrale des opérations du système, possède deux dimensions : auto-observation et auto-description du système » (Amado, 1989 : 26-27).

pensée comme étant indissociable des auto-descriptions *fondatrices* qui structurent cognitivement les opérations du système, orientent les communications et définissent les frontières. Le système serait alors tombé dans un piège cognitif classique où «philosophical theories may put forth as a necessary truth that which is in fact merely an historically conditioned contingency» (Murphy, 1981: 292). Nous allons brièvement approfondir cette idée sur le plan théorique car elle aura par la suite des répercussions sur le plan de l'analyse.

Pour ce faire, nous allons nous inspirer librement de la monographie de Luhmann sur la théorie politique dans l'État providence²³⁰. Dans cet ouvrage, Luhmann attirait l'attention sur un problème d'observation qui se présente lorsque le système lui-même (ou encore un observateur de deuxième ordre) associe l'auto-description de l'objet «système» à l'objet «système» lui-même. Ce qui paraît utile à notre propos dans cette réflexion de Luhmann, c'est de voir qu'une auto-description peut venir à être confondue avec l'«objet» qu'elle est censée décrire. Nous observons un phénomène tout à fait semblable dans le domaine des auto-descriptions identitaires que fournissent les théories de la peine : elles ne sont pas traitées comme des «théories de la réflexion» mais bien comme «étant» le système de droit criminel. L'identité du système de droit criminel paraît être ce qu'en disent les théories de la peine. On perd non seulement de vue la distinction entre l'identité et l'autoportrait, mais on perd surtout de vue, du coup, la contingence des constructions concernant ces autoportraits, la possibilité même que d'autres auto-descriptions puissent être mises en forme et valorisées. Pour saisir le problème, on peut se référer au cas du système politique analysé par Luhmann, où il décrit la confusion entre le concept de politique et celui d'État :

[...] the semantics concentrating on the concept of the state makes a self-description of the political system possible.

.....

The self-description of the political system as a state makes a significant semantic increase of the political medium of power possible. (...) Thus the concept of the state can be used to charge politics with meaning and, at the same time, to limit its use. (...) For this reason the concept of the state does not provide an exhaustive (even if simplifying) definition of the political. Politics is not determined as *state* but *in reference to the state*.

²³⁰ D'après le livre *Political Theory in the Welfare State* (1990a).

The political is always, but not exclusively, oriented towards the state (Luhmann, 1990a: 122-123).

Il poursuit en disant que «the confusion of the conceptuality of politics and the state can be resolved by using the theory of self-referential systems» (1990a: 122). Si nous établissons l'analogie entre la relation entre le concept d'«État» et celui de «système politique», d'un côté, et la relation entre le concept de «peine» et celui de «système de droit criminel», de l'autre, nous pouvons voir que les sémantiques des théories de la peine sur le concept de «peine» ont été essentielles à la différenciation fonctionnelle du circuit de communication du système de droit criminel au XVIII^e siècle, de la même façon que le concept d'État a rendu possible l'auto-description du système politique à la même époque (Luhmann, 1990a). En d'autres termes, la RPM a permis au système de droit criminel de s'attribuer un sens propre et de se différencier à l'intérieur du système juridique. Le concept de sanction au sens large ou de punition existait bien avant la différenciation du système de droit criminel, mais dans ses formes précédentes, il ne permettait pas la réalisation d'auto-descriptions de type «fonctionnel», en l'occurrence, d'un sous-système particulier identifié à un concept spécifique de peine (centré sur l'exclusion et/ou l'affliction). Le concept de peine était alors indifférencié, diffus dans les discours ambiants (tels que le droit ou la religion). Il en va de même pour le concept d'État dont l'usage peut remonter jusqu'à la *polis* grecque. Cependant, avec la différenciation et la complexification du système «the need for self-description arises» (Luhmann, 1990a : 125). Luhmann complète le raisonnement: «this leads to *reflection theories*. The semantic instrumentarium of self-description is brought to the corresponding complexity (*ibid.*: 127).

Les théories de la peine en tant que théories de la réflexion du droit criminel, ont produit un ensemble d'éléments rattachés les uns aux autres, ont accompagné sur le plan des idées l'évolution structurale qu'a subie le système de droit criminel.

Dans cette fusion qui s'opère entre les auto-descriptions fondatrices des théories de la peine et l'identité systémique, c'est la sélectivité du système qui perd en flexibilité et en créativité. Le système ne perçoit plus comme possible la possibilité de se référer à soi (auto-référence) autrement qu'à travers les dogmes identitaires des théories de la peine. Résultat : 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 ».

Comme l'expliquait Niosi, un grand attachement à une identité ancienne peut empêcher le système de « réfléchir » et de se mobiliser pour « adopter des meilleures pratiques » plus adaptées à une phase ultérieure de son identité (2002: 295). Ici, par exemple, les filtres cognitifs qu'imposent les théories de la peine au système l'empêchent alors de concevoir les alternatives comme des sources d'apprentissage et des possibilités d'auto-correction (Dubé, 2008).

[JUGE #21] Tant et aussi longtemps qu'on ne se sent pas à l'écart de notre culture juridique, c'est vrai qu'on ne se pose pas de questions.

C'est en ce sens que nous avons défini, dans le chapitre théorique, les théories de la peine comme des « formulae for redundancy » (Luhmann, 1993 : 312-313) pouvant constituer des barrières cognitives à l'évolution du système.

Toutes ces considérations s'inscrivent en lien avec ce que Morgan appelle des « organisations égocentriques ». Les organisations « égocentriques », explique l'auteur, sont celles :

[...] qui ont une idée assez arrêtée de ce qu'elles sont ou, encore, de ce qu'elles pourraient être, et qui sont bien décidées à imposer ou à conserver cette identité [au sens d'autoportrait] à tout prix. Cela les conduit à magnifier leur propre importance, tout en minimisant l'importance et la signification du réseau de relations plus vaste dans lequel elles s'inscrivent (Morgan, 1999: 250).

Cela étant, dans une observation sociologique de deuxième ordre, la théorie des systèmes permet, quant à elle, de jeter de la lumière dans cet angle mort des systèmes ou organisations « égocentriques », elle permet de voir que l'identité d'un système social, quel qu'il soit, peut faire intervenir à différents moments, différentes formes d'auto-descriptions. La différenciation du système avec son environnement ne dépend pas de la préservation des

auto-descriptions, mais bien de la clôture opérationnelle. Dans cette clôture, le système peut modifier ses auto-descriptions, en abandonner certaines et leur en substituer d'autres, en l'occurrence, d'autres plus positives, plus respectueuses des droits de la personne, plus garantistes: tout ce qui importe pour le maintien de la distinction identitaire système/environnement, c'est que ces auto-descriptions quelles qu'elles soient, relèvent de l'*auto* et non pas de l'*éco*, c'est-à-dire du système et non de son environnement. Aucun système social n'est théoriquement contraint, pour survivre, de fixer définitivement ses auto-descriptions. Identité et auto-description sont deux aspects distincts. On peut les confondre, mais cela n'élimine pas pour autant le fait que l'on puisse les observer comme distincts.

Les auto-descriptions fondatrices qui forment la rationalité pénale moderne ont été le moteur et aussi le produit du développement identitaire du système de droit criminel au XVIII^e siècle, elles ont offert des solutions aux problèmes (relatifs aux sanctions) que connaissait la justice criminelle à cette époque, elles ont proposé des réponses et des solutions aux enjeux du moment (une refondation du droit de punir qui se voulait différent de celui de l'Ancien Régime) et elles ont dessiné des solutions légales, normatives et institutionnelles sur lesquelles le système pouvait s'appuyer. Or, tout se présente comme si, depuis, le système ne «voyait» pas que ces théories n'étaient que des auto-descriptions fondatrices et contingentes et qu'elles peuvent se modifier ou à la limite être abandonnées et remplacées par d'autres et ce, sans que le système ne perde son identité.

À l'heure actuelle, le système n'a pas encore tiré profit de ces distinctions. Il continue de penser et de *se* penser en référence aux théories négatives de la peine et de considérer « étrange », voire suspecte la possibilité de mobiliser d'autres théories permettant des auto-descriptions identitaires plus positives. Ce qu'il faut sans doute souligner ici, c'est que dans cette limitation, c'est bel et bien le système lui-même qui s'auto-limite; elle n'est pas le fait d'une quelconque obligation naturelle qui lui échapperait.

En somme, la résistance à l'évolution ou à la sélection—dans l'environnement ou encore, à l'interne, dans la variété « dormante » du système—d'éléments susceptibles de renouveler des façons de penser et de faire peut donc être mieux comprise par la prise en compte de cette

conception arrêtée de l'identité pénale. C'est en ce sens que nous pouvons dire que le système de pensée du système de droit criminel est un «système qui se pense pensé» (Gauchet): il ne voit pas qu'il a le pouvoir de renouveler ses idées et de faire évoluer ses valeurs vers des formes moins guerrières et plus sensibles à une conception des droits de la personne qui soit garantiste *aussi* dans le domaine des peines. Nos acteurs ont régulièrement évoqué la Charte et ses garanties dans cette recherche, mais son pouvoir semble avoir été neutralisé du point de vue des normes de sanction. Il en sera question dans le prochain point.

6.2 Obstacles reliés à l'autolimitation cognitive et opérationnelle des acteurs face aux droits de la personne

Selon Hiebert, «the adoption of the Charter represented a turning point for the judiciary in terms of how it perceives and responds to its task» (2002: 210). Dès le début, on s'y réfère comme un outil d'adaptation permettant certaines mises à jour dans l'ordre du droit positif. Sur ce point, Hiebert ne cache pas son enthousiasme:

In its very earliest Charter decisions, the Supreme Court characterized itself as the guardian of the constitution and indicated that it must reassess the conservative and reluctant character of its earlier rulings under the Bill of Rights. Under the Charter's influence, judges have re-evaluated their methodological approach and have consciously chosen to interpret rights broadly and to assess whether both the purposes and the effects of legislative decisions are consistent with the Charter's normative values. This has provided far broader opportunities to assess and question the merits of legislative choices (Hiebert, 2002: 210).

Sur la base de ce que nous avons pu observer sur le plan empirique, il nous est difficile de faire écho aux généralisations d'Hiebert, au moins en ce qui a trait aux sanctions du droit criminel. Nos résultats de recherche indiquent en effet que cette réflexivité (*re-evaluation*) qui permettrait de contrôler les objectifs (*purposes*) et les effets (*effects*) de la loi en fonction des attentes garantistes de la Charte n'a pas été observée dans le domaine des normes de sanction. Si on a pu, ailleurs, en matière de normes de procédure, y voir un «turning point» en matière de sanction, les gardiens de la constitution ont plutôt eu tendance à ne pas utiliser la

marge de liberté qui était à leur disposition. Devant ce qui a pu être établi par le législateur par rapport aux normes de sanction, les acteurs judiciaires se retirent et n'articulent pas de réévaluations significatives sur le plan garantiste des droits de la personne. Ils auront même de la difficulté à reconnaître que ce pouvoir pourrait être le leur sur le plan des normes de sanction comme il peut l'être en ce qui concerne les normes de procédure.

Tout se présente comme si, dans l'espace protégé des normes de sanction, les pouvoirs qui sont conférés aux acteurs judiciaires par la Charte étaient neutralisés par les théories de la peine lesquelles créent chez eux l'impression qu'ils n'ont de toute façon pas le choix que de reproduire la redondance d'un système bien plus pesant qu'eux : ils manquent, à cet égard d'«indépendance cognitive». À cet égard, Bricola, en suivant l'idée de Bellavista, disait que dans la détermination de la peine, «l'obligation de motiver, garantie la plus efficace de l'exercice correct du pouvoir discrétionnaire, est satisfaite par l'utilisation d'une série de "formulettes paresseuses"» (1969 : 25-26).

On peut à la limite sentir les décalages entre les attentes de la sémantique des droits de la personne et celles des «formulettes paresseuses» des théories de la peine, on peut parfois trouver qu'une peine est carrément injuste et abusive, mais en aucun moment ne remet-on en question ces théories qui elles, malgré tout, nous incitent à sévir. On acceptera, dans ce cadre, d'aller à l'encontre des valeurs de la Charte avant d'aller à l'encontre des valeurs de la rationalité pénale moderne. Les normes de sanction ne semblent donc pas être visées par les droits de la personne en tant que «critical standards for evaluating the justification of state action» (Hiebert, 2002 : 209).

S'il est vrai que les acteurs judiciaires ont vu leurs pouvoirs s'élargir considérablement depuis la judiciarisation des droits de la personne dans les années 1980 et qu'on ait ainsi pu parler de «contemporary constitutional transformation» (Hughes, 2001 : 192), nous n'avons pas trouvé d'indicateurs empiriques qui puissent supporter l'idée que cet élargissement ait pu profiter à la réflexivité judiciaire sur les peines. Sans doute serait-il trop ambitieux d'espérer qu'il en soit autrement dans un système où les acteurs sont soumis—surtout dans les cours de première instance— à la pression constante de prendre des décisions, de le faire rapidement,

souvent et avec peu de ressources. À plusieurs reprises les acteurs ont effectivement exprimé que le contexte dans lequel ils étaient contraints de travailler ne se prêtait tout simplement pas à la réflexion.

[PROCUREUR #9] On ne peut pas repenser tout le système de justice criminelle quand on est un juge et qu'on est là pour appliquer la loi, non pour la repenser.

Comme le suggérait Durkheim, après tout, «les conditions de la réflexion ne sont pas toujours et partout données» (Durkheim, 1922 : 60). Luhmann reconnaît lui-même ce problème dans le fonctionnement des tribunaux: «Courts work under a much higher degree of cognitive self-isolation compared with legislators» (Luhmann, 1993: 293). Peut-être faudrait-il alors, dans une réforme des réformes, traiter de ce problème, soulever cet obstacle qui influe sur la cognition et affecte la qualité des décisions, notamment en ce qui concerne la protection des droits de la personne dans la détermination de la peine²³¹.

Pourtant, d'un point de vue systémique, au-delà de ce que les acteurs, pris individuellement, peuvent entretenir comme perceptions subjectives, le système, lui, est pourtant formel sur ce point. Dans l'arrêt *Beauregard*, la Cour suprême du Canada statue que :

[...] l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* [...] a conféré aux tribunaux un autre rôle vraiment important: la défense des libertés individuelles fondamentales et des droits de la personne contre les ingérences de tout palier et organe de gouvernement. Encore une fois, l'indépendance judiciaire est essentielle pour jouer ce rôle profondément constitutionnel²³².

Si le principe de l'indépendance formelle et institutionnelle semble solidement ancré dans la culture judiciaire²³³ et pouvoir compter sur une longue tradition dans le système

²³¹ Nous nous contenterons de le souligner car de plus amples développements sur ce point risqueraient de nous éloigner de notre objet.

²³² *La R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, par. 28.

²³³ Les acteurs judiciaires ont mentionné avec beaucoup de ferveur l'importance de protéger leur indépendance et leur impartialité comme l'attestent les extraits d'entrevue suivants : [JUGE #22] «Vraiment, je ne pense pas qu'il y ait d'autres endroits dans le monde où il y ait autant d'autonomie qu'ici pour les juges. On est vraiment les "gâtés" au niveau de l'indépendance et c'est une belle

canadien, que dire de ce que Hughes et d'autres ont appelé l'«indépendance substantive», c'est-à-dire « "the extent to which judges actually feel themselves free to arrive at a given decision" » (Hughes, 2001 : 187)? Si les juges ont sans cesse affirmé leur autonomie en ce qui concerne l'ingérence du pouvoir politique dans la décision du cas concret, ils se sont aussi souvent décrits (chapitre V) comme ayant les mains liées en matière de détermination de la peine. Phénomène alors tout à fait étonnant ici, la question de l'ingérence politique et de l'indépendance judiciaire ne semble pas même être effleurée : on témoigne de la chose comme d'un état de fait et on ira même jusqu'à le légitimer.

[JUGE #8] C'est sûr qu'on a une discrétion et si je voulais, disons, en mon âme et conscience, me dire: «Je ne suis pas d'accord». Je pourrais peut-être le faire et m'en tirer, mais à un moment donné ou l'autre, à la longue, je pense que je me ferais rabrouer, je me ferais ramener à l'ordre²³⁴. Là [au niveau des peines] il ne faut pas se donner le rôle qu'on n'a pas. On a assez de pouvoirs comme c'est là sans s'en donner d'autres, et notre

richesse qu'on a et puis il faut la garder»; [JUGE # 23] «Parce que la discrétion judiciaire, l'indépendance judiciaire, c'est au cœur de la crédibilité de notre système judiciaire»; [JUGE #5] «La neutralité, l'apparence de neutralité, ce qu'on appelle l'impartialité, c'est vraiment fondamental. On est jaloux envers notre perception de neutralité, on est jaloux envers notre perception d'impartialité et on signe ça comme la prune de nos yeux».

²³⁴ Pour ce qui est du rapport entre cours de divers paliers, la hiérarchie judiciaire ne favorise pas une relation plus dynamique entre les différentes instances de façon que les unes et les autres soient plus ouvertes à l'apprentissage et au changement. Les acteurs de première instance se sentent liés par les «courants jurisprudentiels» provenant des cours d'appel. De leur côté, les cours d'appel hésitent beaucoup à modifier les peines prononcées par les juges de première instance, selon un principe de que nous pouvons qualifier de «non-ingérence». Le droit d'appel par rapport aux peines se trouve ainsi compromis en pratique. La prévalence de ce principe de non-ingérence est établie dans plusieurs arrêts provenant de cours d'appel ou de la Cour suprême. À maintes reprises est affirmé le principe selon lequel le juge de la cour d'appel n'a pas à modifier la peine prononcée par le juge du procès à moins qu'elle soit «nettement déraisonnable», «manifestement pas indiquée», «clairement excessive ou inadéquate» ou que le juge se soit écarté «de façon marquée et substantielle des peines qui sont habituellement infligées». Le juge Lamer a par ailleurs affirmé dans *Proulx* ce qui suit : «Conformément à une pratique établie et à une politique judicieuse, notre Cour entend rarement des pourvois visant la peine infligée par un Tribunal». Voir à ce sujet : *R. c. Shropshire* [1995] 4 R.C.S. 227, p. 5. [En ligne] : <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/1995/1995rcs4-227/1995rcs4-227.pdf> (page consultée le 29 octobre 2008); *R. c. M. (C.A.)* [1996] 1 R.C.S. 500, p. 8. [En ligne] : <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/1996/1996rcs1-500/1996rcs1-500.pdf> (page consultée le 29 octobre 2008); *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, p. 21. [En ligne] : <http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/1997/1997rcs1-948/1997rcs1-948.pdf> (page consultée le 29 octobre 2008); *R. c. M. (C.A.)* [1996] 1 R.C.S. 500, p. 8. [En ligne] : <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/1996/1996rcs1-500/1996rcs1-500.pdf> (page consultée le 29 octobre 2008); *R. c. Proulx* [2000] 1 R.C.S. 61, au par. 2.

rôle justement c'est de rendre justice, le mot le dit. Alors on doit, je pense, appliquer la loi telle qu'elle est.

Notons par ailleurs que nous nous retrouvons, du coup, bien loin d'un *gouvernement des juges* (Lambert, 1921) ou d'un *activisme judiciaire* (Hackett, 1996; Roach, 2001; Hughes, 2001)²³⁵. On se rapproche beaucoup plus, en effet, d'un paradigme révolu où l'on considèrerait le juge comme «la bouche de la loi» et où les acteurs eux-mêmes ne savent plus tirer profit de ce qu'offrent les structures établies en matière d'«espaces de possibilités opérationnelles» (Dubé, 2008 : 22).

Les juges n'exploitent pas, face au législateur, la possibilité d'utiliser les forces et les pouvoirs de leur «indépendance substantive» pour permettre une réception plus positive des droits de la personne dans le domaine des peines : indépendance formelle n'est donc pas synonyme d'«indépendance cognitive». Ils n'exploitent pas à ce niveau les ressources cognitives constitutionnelles qui leur sont offertes par la judiciarisation des droits de la personne. De ce que nous avons pu observer, il s'agit ici encore d'une auto-limitation, plus que d'une limitation formelle instituée par le législateur.

Une vision restrictive de leur rôle et une tendance à s'«auto-assujettir» face à ce que l'on *croit être* les attentes politiques de l'environnement peuvent expliquer en partie pourquoi les juges sont si hésitants, voire craintifs devant la possibilité de parler aussi haut et aussi fort

²³⁵ Le débat sur l'activisme judiciaire est parti de certaines descriptions contemporaines où l'on s'attarde à repenser la place des Tribunaux dans la société et surtout leur relation avec le système politique. Certains observateurs parlent d'un passage de la démocratie à la *juristocratie* (Hirschl, 2004; Goldstein, 2004), voulant par là décrire de façon critique la place grandissante que prennent les tribunaux dans le règlement des conflits sociaux. D'autres images sont mises de l'avant pour expliquer ce même phénomène, certains allant jusqu'à parler d'un *gouvernement des juges* (Lambert, 1921; Moderne, 2005; Lochak, 2005; etc.), d'autres parlant plus modestement d'*activisme judiciaire* (Hackett, 1996; Roach, 2001; Hughes, 2001). Ces descriptions ont en commun le fait qu'elles observent le rôle du juge contemporain comme étant plus proactif au niveau de la protection des droits individuels, un rôle qui n'est pas compatible avec cette vieille image qui voulait que le juge ne soit que «la bouche de la loi». Les droits de la personne sont vus par ces observateurs comme la prise donnée par le législateur aux tribunaux pour étendre leur zone d'influence. On argumente que ces droits, conçus au niveau du système politique, du fait qu'ils soient plus ouverts et moins délimités que d'autres droits subjectifs, dépendent des tribunaux au niveau de la détermination de leur forme et de l'extension de leur contenu, ce que certains trouveront problématique.

de droits de la personne en matière de peines qu'ils peuvent le faire dans le domaine de la procédure. En matière de peines, on peut toutefois se permettre de parler haut et fort d'affliction et d'exclusion sociale : on sait que même si on marche sur les droits de la personne du coupable, un tout autre discours, celui de la rationalité pénale moderne—un récit peut-être encore plus « méta » que celui des droits de la personne—appuiera notre décision et nous servira de garantie, *à nous, les juges*.

Un autre problème est relié à la conception de la «neutralité» qu'ont les acteurs judiciaires. Une conception du juge comme «simple arbitre des litiges» ne permet pas de retirer toutes les conséquences de la redéfinition constitutionnelle du rôle du juge comme défenseur proactif des droits individuels dans les opérations quotidiennes du système. Ces communications expriment cette idée :

[JUGE #18] Si une loi viole des garanties fondamentales prévues par la Charte, le juge peut la déclarer inopérante. Donc il a des pouvoirs beaucoup plus considérables depuis 1982 de sorte que dans la vie de tous les jours, dans 99,9 pour cent des cas, on applique la loi. C'est rare qu'on la déclare inopérante. Ça va arriver mais c'est quand même assez rare.

[JUGE #3] On peut les soulever d'office les questions de droits de la personne parce que c'est une..., c'est une loi d'ordre public la Charte. Si on voit qu'il y a eu une violation, on peut les soulever nous-mêmes.

.....
Donc, par exemple, le jeune garçon dont je vous parlais tantôt qui a eu 4 ans minimum [peine minimale], ça aurait peut-être pu être considéré comme une peine cruelle et inusitée. Donc ça aurait pu être soulevé, peut-être, si ça avait été plaidé. J'aurais peut-être pu le soulever d'office mais...

Dans ces communications nous pouvons voir que les juges ne sentent pas qu'ils ont un rôle proactif dans la protection des droits de la personne de l'accusé. Cette tâche est laissée aux avocats de la défense. Si la défense ne soulève pas le problème²³⁶, et même si le juge peut

²³⁶ Les procureurs ont souvent amené le même type d'arguments. Voici un exemple de ce type de communication : «[PROCUREUR #13] Mais comme quand vous parliez au niveau sentenciel, bien effectivement ça peut être pris en considération et je suis sensible à ça, quand les avocats me le soumettent».

considérer qu'il y a un problème de protection des droits de la personne du justiciable, il ne le soulèvera pas nécessairement. Dans la communication du juge 3 où il a eu à appliquer une peine minimale pour le jeune garçon, il admet avoir lui-même considéré la peine comme étant «cruelle et inusitée», mais il avoue ne pas avoir eu le réflexe, à ce moment, d'invoquer l'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Ces extraits montrent à notre avis ce que nous croyons être un manque de clarté dans la définition de la nature et de l'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge en ce qui concerne la détermination des peines. Cette situation est peut être redevable aux multiples conceptions et descriptions du rôle du juge dans le circuit de communications du système de droit criminel. Certaines apparaissent ici dans l'arrêt *R. c. Beaugard* de la Cour suprême du Canada:

[L]es tribunaux ne sont pas chargés uniquement de statuer sur des affaires individuelles. Il s'agit là évidemment d'un rôle. C'est également le contexte pour un second rôle différent et également important, celui de protecteur de la constitution et des valeurs fondamentales qui y sont enchâssées—la primauté du droit, la justice fondamentale, l'égalité, la préservation du processus démocratique, pour n'en nommer peut-être que les plus importantes²³⁷.

Le rôle des tribunaux en tant qu'arbitres des litiges, interprètes du droit et défenseurs de la Constitution exige qu'ils soient complètement séparés, sur le plan des pouvoirs et des fonctions, de tous les autres participants au système judiciaire²³⁸.

Devant la pluralité des conceptions, il devient alors difficile d'harmoniser les rôles d'«arbitres d'un litige», d'«interprètes du droit» et encore de «gardiens des droits fondamentaux». À cet égard, une conception de l'indépendance judiciaire qui prenne en compte, au-delà du formalisme du principe de la séparation des pouvoirs, le caractère vibrant et vitalisant de l'«indépendance substantive», dans le domaine des peines, serait beaucoup plus susceptible d'instituer un rôle plus actif et plus garantiste du juge dans la protection des

²³⁷ *La R. c. Beaugard*, [1986] 2 R.C.S. 56, par. 24.

²³⁸ *La R. c. Beaugard*, [1986] 2 R.C.S. 56, par. 30. Dans cet extrait, le tribunal se référait surtout à la relation entre le juge et le Parlement. Nous considérons cependant que ce raisonnement doit s'appliquer également à d'autres participants du système judiciaire comme les avocats de la défense ou les procureurs de la Couronne.

droits de la personne. Comme le souligne le juge Hall, ce rôle plus actif a d'ailleurs toujours été reconnu en ce qui concerne l'adaptation des règles de procédure de la *common law* à l'évolution de la société : « ce sont les juges qui façonnent la *common law* et il est toujours de leur compétence de l'adapter à l'occasion de manière qu'elle serve l'intérêt de ceux qu'elle lie. » (Juge Hall, cité dans Salituro)²³⁹. Le juge Hall a toutefois senti le besoin de préciser davantage : « Ceci est particulièrement vrai dans le domaine de la procédure » (*ibid.*), limitant lui-même, du coup, la portée de son adage tout en reproduisant l'autoportrait du juge gardien des droits fondamentaux *sur le plan des normes de procédure*. Pourtant, ce sont bel et bien quatre juges (dissidents) de la Cour suprême qui affirment dans l'arrêt Hall que :

La liberté du citoyen est au cœur d'une société libre et démocratique. La liberté perdue est perdue à jamais et le préjudice qui résulte de cette perte ne peut jamais être entièrement réparé. *Par conséquent, dès qu'il existe un risque de perte de liberté, ne serait-ce que pour une seule journée, il nous incombe, en tant que membres d'une société libre et démocratique, de tout faire pour que notre système de justice réduise au minimum le risque de privation injustifiée de liberté*²⁴⁰(nos italiques).

Pour conclure sur cette section, notre recherche a fait ressortir la «timidité» des juges dans la manière de déterminer comment ils devaient s'accommoder, encore aujourd'hui, plus de 25 ans après l'adoption de la Charte, de leurs pouvoirs constitutionnels en matière de peines et de protection des droits de la personne. Un réinvestissement du concept d'indépendance judiciaire, sur le plan de l'« indépendance substantive », pourrait redonner un nouveau souffle au rôle constitutionnel du juge comme gardien des droits de la personne. Sous cette forme, la protection des justiciables face aux peines injustes et excessives pourrait favoriser l'émergence de nouvelles routines cognitives et donner lieu à une autre culture judiciaire, différente de celle qui, à l'heure actuelle, favorise un *garantisme d'exception*.

²³⁹ R. c. Salituro, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 19. [En ligne] : <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/1991/1991rcs3-654/1991rcs3-654.pdf> (page consultée le 30 octobre 2008).

²⁴⁰ R. c. Hall [2002] 3 R.C.S. 309, 2002 CSC 64.

6.3 Obstacles reliés à la sémantique des droits de la personne : la protection d'intérêts perçus comme «irréconciliables»

Dans cette section, nous insistons sur la sémantique des droits de la personne et, plus spécifiquement, sur certains de ses traits caractéristiques qui la rendent particulièrement vulnérable devant les attentes de la RPM. On explorera notamment dans cette optique le fait que ce soit une sémantique qui protège des intérêts (trop) différents.

Le problème que nous voulons soulever ici est relié au fait que les droits de la personne, conçus comme universels, peuvent en venir à créer des catégories opposées les uns aux autres dans le domaine du droit criminel. Compte tenu de la flexibilité du médium «droits de la personne», plusieurs acteurs peuvent s'accrocher à leur sémantique et défendre des intérêts particuliers et parfois difficilement réconciliables les uns avec les autres. En droit criminel, traditionnellement plus attachée à l'accusé, la sémantique des droits de la personne subit aujourd'hui des déplacements internes faisant intervenir d'autres acteurs qui s'y réfèrent pour exiger des formes de reconnaissance et de protection.

La participation de ces « nouveaux » acteurs (mouvements sociaux) ou la redéfinition des participations plus anciennes (victimes) dans l'enceinte du droit criminel sont souvent attribuées à l'adoption de la Charte et à la juridicisation des droits de la personne. Martin suggère par exemple que :

[...] there is no doubt that the past decade of *Charter* litigation in criminal matters has seen the Supreme Court hearing an ever broadening circle of claimants making ever widening demands to be heard: victims, witnesses, survivors, and the media to name the most vocal (Martin, 1996: 90).

On se retrouve alors dans une situation où l'universalisme des droits de la personne se polarise selon deux catégories : les droits de la personne du justiciable et ceux de toute autre personne.

[JUGE #23] Vous savez, les droits de la personne, it's not a one-sided concept. It's not something that only applies to accused. Mais si le système des fois perd de la crédibilité

c'est parce qu'il y a une perception que les droits de la personne ne sont là que pour sauvegarder les intérêts juridiques ou les intérêts constitutionnels des accusés. C'est simplement reconnaître la place aussi à des intérêts divergents. Et le droit s'exerce souvent dans ce contexte-là où il y a... You have to see it in a holistic view et que ça doit servir différents, tous les intérêts de la société.

Dans un système où le quantum de la peine sert de moyen pour communiquer les valeurs des droits de la personne (les droits de la victime sont valorisés par l'administration d'une peine sévère; les droits de la personne justiciable sont valorisés par l'administration d'une peine plus clémentine etc.), on ne peut considérer les droits des uns qu'en opposition aux droits des autres. Les juges et les procureurs reconnaissent la difficulté.

[PROCUREUR, #13] Dans certains cas, c'est difficile de concilier bénéfice pour l'accusé, bénéfice pour la victime parce que des fois, c'est irréconciliable. Dans des cas graves, d'agression sexuelle, par exemple.

[JUGE #28] Il y a toujours des conflits. Dans l'affaire Latimer, c'est un exemple frappant : vous avez d'un côté le droit des handicapés, de la victime (qui a aussi des droits), vous avez le droit de la société à s'assurer que ces personnes-là qui sont vulnérables reçoivent la protection de la société; de l'autre côté, il faut prendre en considération le droit d'un parent, comme Latimer, qui par voie sympathique et tout ça trouvait que la qualité de vie de sa fille était rendue inacceptable.

[PROCUREUR #24] De temps en temps, je pense que les droits des victimes et des accusés vont s'affronter. Alors, même si on questionne la légitimité de parler de droits de la personne lorsqu'on réclame par exemple une peine plus sévère pour respecter les intérêts des victimes, est-ce qu'on est vraiment en train de respecter les droits de la personne ou est-ce que c'est autre chose? Je ne sais pas...Mais chose certaine, ce sont là deux positions qui s'affrontent.

La pluralité d'intérêts qu'il faut protéger et que les acteurs rattachent plus ou moins directement aux droits de la personne fait en sorte que la sémantique soit observée «as a resource that can be mobilized in a variety of ways for a variety of purposes» (Froestad and Shearing, 2007 : 194). Dans ce contexte, les acteurs judiciaires affirment que la détermination de la peine est un exercice particulièrement complexe et que la place des droits de la personne là-dedans en est une ambiguë ou plurielle, surtout en raison du fait que, dans l'univers de la

peine, les droits de la personne typiquement accordés à l'accusé doivent maintenant être partagés avec d'autres acteurs. La communication suivante illustre cette idée :

[JUGE #6] Mais, en même temps, je pense bien il faut parfois s'incliner devant le texte de loi et reconnaître que la fonction du système est complexe, qu'elle n'a pas, en matière de détermination de la peine, une simple fonction de réhabilitation mais que d'autres objectifs jouent: dissuasion, protection des victimes, etc. Quand on parle de droits de la personne, on parle aussi, des autres acteurs «involontaires» du système comme les victimes, les témoins, etc.

Évidemment, ici, dans un système où le justiciable a tendance à être représenté comme l'ennemi du groupe, il n'est pas étonnant, dans ce rapport d'opposition, que ce soit plus souvent qu'autrement les protections et les garanties du justiciable qui soient sacrifiées. En effet, dans une telle actualisation, il devient improbable que les droits de la personne puissent jouer un rôle *garantiste* dans le processus de détermination de la peine.

6.4 Droits de la personne et rationalité pénale moderne : Variables de contrainte et variables de variation

La question qui se pose, au terme de cette analyse et avec un regard sur l'avenir, est la suivante : pouvons-nous, par rapport à l'intégration des droits de la personne dans le système de droit criminel, découvrir des «possible variations, which could perhaps lead to less painful conditions»?» (Luhmann, 1996: 899).

Cette dernière section a comme objectif celui de penser aux «variables de contrainte» et aux variables de variation qui favorisent ou inhibent l'élaboration d'un système de pensée inspiré du versant garantiste des droits de la personne et pouvant faire concurrence à la RPM. Avant de traiter de cet aspect, nous nous proposons d'abord de résumer à l'aide d'un schéma les diverses façons dont les droits de la personne ont été reçus par le système pénal. Nos résultats de recherche, en ce qui concerne les structures d'intégration des droits de la personne, pointent vers l'existence de trois formes de réception pouvant être théoriquement conçus comme des idéaux-types. La figure qui suit permet de les schématiser.

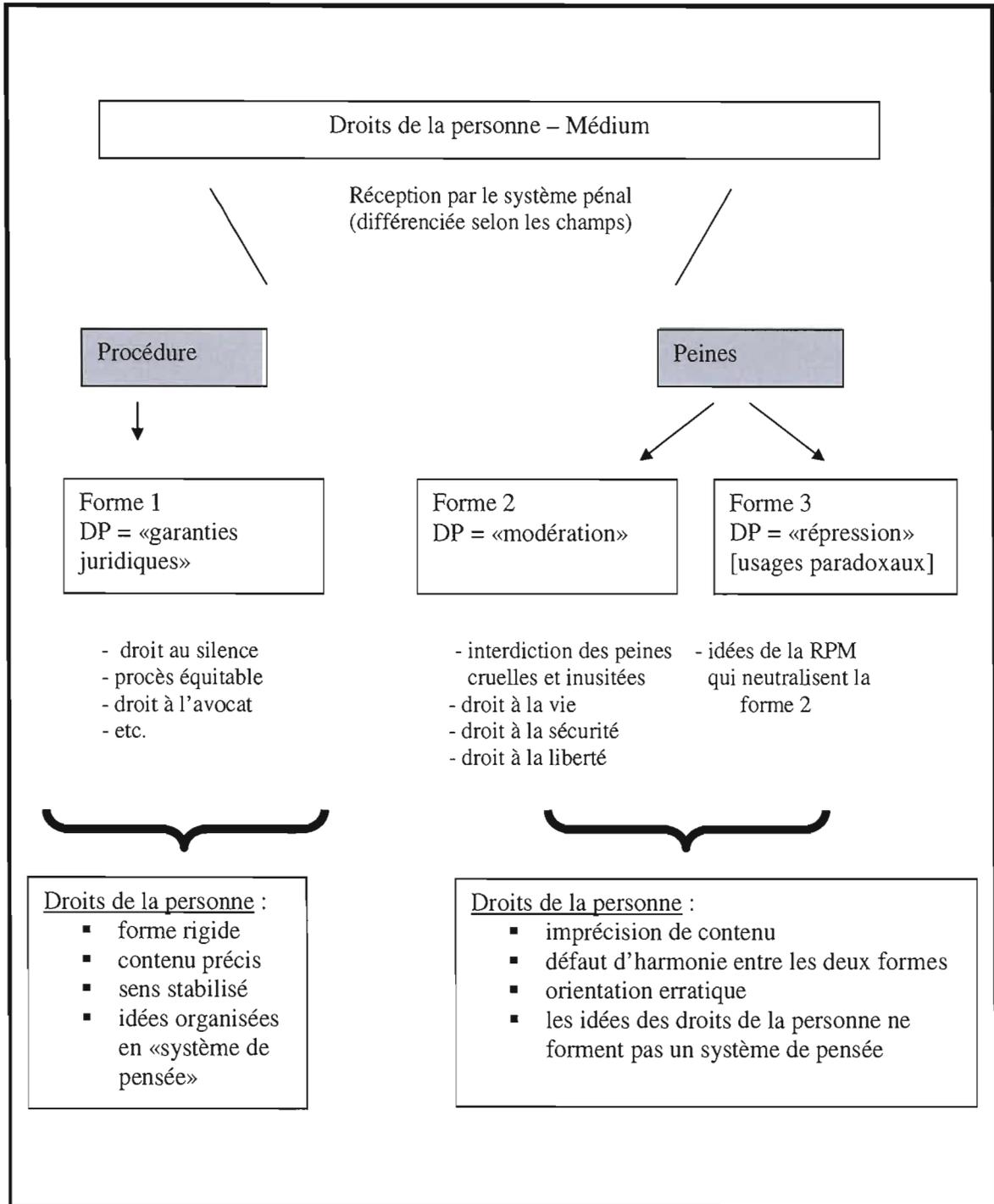


Figure 6.1 Retour sur le médium

La forme 1 est celle que nous avons considérée comme étant la matrice originelle des droits de la personne dans le système de droit criminel moderne. C'est surtout sur cette forme que les droits de la personne ont été construits comme un «système de protection» des droits du justiciable face au pouvoir de punir. Nous avons vu qu'il existe une espèce de frontière invisible de départage entre les théories de la peine et les droits de la personne *garantistes*, ceux-ci ne traversant pas l'univers des normes de procédure. C'est dans ce domaine que la logique de ces droits a été développée.

Comme on a pu le constater à partir de nos analyses empiriques, c'est essentiellement dans le domaine de la procédure et des normes de comportement²⁴¹ que les droits de la personne représentent une limite au pouvoir de l'État. Les acteurs s'y référeront dans les termes de droits «émancipateurs» et protecteurs de la liberté individuelle. Cette forme a été développée considérablement dans le système de droit criminel moderne. Elle a notamment fait et continue de faire—surtout après la constitutionnalisation des droits de la personne—l'objet de plusieurs constructions doctrinales et jurisprudentielles qui contribuent à sa stabilisation. Dans ce cadre, on peut dire qu'un ensemble de droits, de principes et de règles sont venus à constituer un réseau de relations significatives ayant comme but premier de protéger les droits du justiciable.

En d'autres termes, nous pouvons ici, dans le domaine de la procédure, considérer la sémantique des droits de la personne comme un système de pensée. Nous pouvons anticiper la direction que prend la communication face à ces droits en fournissant au système social comme aux systèmes psychiques une orientation normative claire et une valeur cognitive forte. Certes, ce système de protection peut subir des reculs, il peut être menacé par certains irritants environnementaux (par la crainte du terrorisme par exemple) et certaines décisions peuvent alors restreindre la portée de certaines protections, rétrécir par exemple la zone des protections garanties par le «droit au silence». Mais de savoir si sur le coup de ces «empiètements», voire de ces «abus», le système de pensée *garantiste* a complètement été

²⁴¹ Cette question du rapport entre les droits de la personne et les normes de comportement a été traitée dans le chapitre IV (section 4.3.1). Il s'agit d'une question très vaste qui demande un approfondissement théorique. Elle demande à elle seule une attention particulière dans un projet futur.

défait pour être remplacé par un autre plus invasif demeure une question empirique. En ce sens, on peut tirer profit de la formule de Kennedy :

The overall question is not **WHETHER** or **NOT** human rights [...] are emancipatory, but rather **WHEN** they are emancipatory and **WHEN THEY ARE NOT** (Kennedy, 1993: 5).

En d'autres termes, si la première modernité a «équipé» le nouveau droit criminel de toute une série de nouveaux médiums «potentiellement» garantistes du point de vue des normes de comportement, de procédure et de sanction—instituant un principe de retenue dans l'usage du droit criminel, un procès équitable, une interdiction de peines cruelles et inusitées, etc.—c'est essentiellement dans le domaine des normes de procédure que la promesse semble avoir pu être tenue, c'est dans ce domaine que les médiums ont effectivement été élaborés et actualisés de façon garantiste.

La situation est toute autre lorsqu'on se déplace vers les normes de sanction. La judiciarisation des droits de la personne ne s'est pas accompagnée, sur le plan des peines, de constructions jurisprudentielles susceptibles de donner un contenu stable et *garantiste* aux droits de la personne. Rien ne semble en effet favoriser sérieusement la modération des peines comme l'atteste ici le procureur 9 :

[PROCUREUR #9] Je pense que jusqu'à maintenant, on a gratté à la surface, on a concentré l'analyse sur des choses qui étaient plus évidentes comme les pouvoirs policiers. Quand un citoyen entre en contact avec un policier, bien sûr qu'il y a un clash. Il y a une atteinte à la liberté. C'est le premier contact, c'est la première insertion de l'État dans la vie d'un individu, alors c'est plus facile d'analyser ces choses-là, et donc l'analyse s'est concentrée sur l'aspect procédural, l'analyse n'a pas encore percé toute la conception et toute la structure du droit pénal et son expression, la façon dont elle est libellée, la façon dont elle est construite, remettre en question les choses comme : est-ce qu'il ne faudrait pas avoir un seuil pour les sentences? Est-ce que toute l'action étatique, pas seulement l'action policière, l'action étatique, le procès, la sentence, doit être limitée par un principe de modération? Est-ce qu'on doit repenser le droit criminel dans sa structure? Tout ça reste à dire, mais le problème qu'on a présentement, c'est qu'on va être guidé par l'analyse qu'il y a eu initialement de la portée des droits dans un contexte procédural et il va être très dur de la transporter dans un contexte substantif. On va s'être limité, si tu veux, on va s'être déjà coupé les ailes pour nous permettre d'avoir une approche qui est plus profonde.

On reconnaît, dans cette communication, que par rapport aux peines, les droits de la personne n'ont pas été développés comme un *système* de protection à l'égard du droit de punir. Nos résultats de recherche offrent un support empirique à l'hypothèse du rôle paradoxal des droits de la personne, plus spécifiquement dans le domaine des peines. À notre connaissance, les études qui ont traité du problème du paradoxe n'ont pas distingué clairement les impacts des droits de la personne selon les structures de réception à l'intérieur du système pénal. De ce fait, la description du paradoxe est souvent laissée sans explication et elle est tout simplement indiquée comme un contresens.

C'est dans le domaine des peines que les droits de la personne ont donné lieu à deux formes distinctes et, à certains égards, contradictoires. Les deux formes peuvent, à notre avis, être ramenées au moment de différenciation du droit criminel moderne (XVIII^e et XIX^e siècles). Plus ou moins actualisées, ces deux formes ont participé à la reproduction du circuit de communication sur les peines. La forme 2 a été largement reconnue et documentée par les historiens: les droits de la personne sont venus humaniser les peines et marquer une rupture avec la pénalité de l'Ancien Régime. Historiquement, les droits de la personne ont de fait, *sur le plan des peines*, déjà été pensés, eux aussi, dans une forme *garantiste*. Ils ont déjà, jadis, soutenu le principe de la modération dans le droit de punir. Il semblerait bien, toutefois, qu'à la sortie de l'Ancien Régime, ils aient aussitôt cessé de jouer ce rôle. Les idées modératrices des droits de la personne qui supportent cette forme n'ont pas fait l'objet de constructions doctrinaires ou jurisprudentielles susceptibles de faire évoluer les idées sur les peines au-delà de la critique des supplices et des barbaries de l'Ancien Régime. Ces droits, potentiellement modérateurs au niveau du choix des sanctions (interdiction des peines cruelles et inusitées, principe du dernier ressort de la peine de prison, etc.) n'ont pas donné lieu à des sous-principes et à des pratiques disciplinées et stables.

Ce qui semble plutôt se développer et se stabiliser comme relation entre les droits de la personne et les normes de sanction, c'est une mise en forme répressive où ces droits viennent appuyer ce qu'il y a de plus hostile dans le droit criminel moderne : des peines afflictives et/ou génératrices d'exclusion sociale. On se retrouve, en référence à la figure 6.1 face à la forme 3. Cette forme qu'on associe régulièrement à un phénomène proprement contemporain

n'est pas nouvelle et c'est elle qui rend visible l'utilisation paradoxale des droits de la personne. À la limite, elle serait nouvellement réapparue depuis ses premières manifestations. Elle a toujours été latente et, parfois, elle était même clairement indiquée par les observateurs : en atteste le propos de Carrara, tenu à la fin du XIX^e siècle : «Pour que la peine réponde à la loi de l'ordre qui veut cette peine comme moyen de protéger les droits de l'homme» (Carrara, 1876 : 329).

Cette mobilisation des droits de la personne pour favoriser la punition ne serait donc pas contemporaine de la seconde modernité. Ce que nous avons à la limite pu constater, c'est qu'aujourd'hui, nous faisons face à des variations ou à des accentuations contemporaines de cette forme, notamment à travers la participation plus active de la victime et des mouvements sociaux dans les processus de détermination de la peine. Ces manifestations contemporaines ne font cependant que réactualiser une forme qui était déjà présente dans le système de droit criminel de la première modernité. C'est pourquoi, reprenant la formulation de Miller, nous avons parlé de «contemporary replays of old dramas» (1973 : 142). Cette forme est d'autant plus possible que la forme 2, « modératrice », n'a pas donné lieu à une grappe d'idées ou à des théories de la sanction susceptibles de faire le contrepois de la RPM.

Sur le plan des peines, les deux formes sont donc possibles. Théoriquement, on peut en effet considérer la *forme modératrice* et la *forme répressive* comme des équivalents fonctionnels : l'une et l'autre peuvent participer de la reproduction communicationnelle du système de droit criminel. Cependant, dans les faits, du moins à partir de ce que nous avons pu observer dans notre empirie, la tendance dominante—supportée par les théories négatives de la peine—semble s'organiser autour de l'option répressive. Les droits de la personne ne forment donc pas un système de pensée garantiste dans le domaine des normes de sanction. Ils ne contestent pas l'ordre établi par la rationalité pénale moderne, paradoxalement, ils le renforcent.

Les résultats de la recherche ne sont pas encourageants par rapport à cette question. Nous sommes plutôt amenée, sur la base de notre empirie, à renforcer l'hypothèse de la non évolution de Pires. Il nous paraît en effet évident que le système de droit criminel ne peut pas

évoluer vers des configurations plus « *human rights friendly* » si les droits de la personne ne parviennent pas à constituer un système d'idées également favorable aux garanties et à l'émancipation dans le domaine des peines et susceptible de faire concurrence ou de déloger la RPM. Sans cela, nous pouvons dire, de façon provocatrice, toujours sur la base de notre empirie, que le système de pensée permet de punir d'autant plus sévèrement qu'il considère que les droits de la personne ont été pris en considération dans le domaine de la procédure. En d'autres mots, une fois devant un « vrai » coupable—celui qui fut « procéduralement » construit—, le système de droit criminel semble se considérer comme *libéré* des impératifs de la protection individuelle des droits de la personne. L'« hypervalorisation » de ces droits du point de vue de la procédure, garantisme négatif au bénéfice du justiciable, justifierait leur sous-développement dans le domaine des peines ou encore leur conversion en droits de la victime à la punition du condamné : un nouvel ordre de discours semble encourager le développement de ce nouveau « présent », de cette nouvelle « forme » des droits de la personne. Ils se présentent alors comme un piège cognitif auquel profite leur « texture ouverte » : ils deviennent « raison punitive » et renforcent les idées et les pratiques des théories de la peine, ils deviennent un vocabulaire de plus pour motiver institutionnellement l'obligation de punir par des peines qui valorisent l'exclusion et/ou l'affliction. Ils perdent de ce fait, comme nous l'avons déjà mentionné, tout leur potentiel de « normativité critique face au pouvoir » (Delmas-Marty, 2007c : 155) de punir.

D'un point de vue théorique, cependant, nous pouvons affirmer que, dans le domaine des peines du droit criminel, les droits de la personne peuvent être mobilisés comme un apport au contexte cognitif de la RPM et actualiser ainsi leur « sustaining dimension » ou alors être mobilisés comme un contexte cognitif autonome pour penser les peines et devenir ainsi un « attracteur de changement » par l'actualisation de leur « challenging dimension » (Stammers, 1999 : 996)²⁴². Nous terminerons, en les prenant dans l'ordre énuméré, sur ces deux aspects.

²⁴² À ce sujet, Stammers soulève une question importante: «What might be the nature of the relationship between the "challenging" and "sustaining" dimensions of human rights discourse? There are issues which have hardly been considered in the literature, yet, again, they are questions of fundamental importance which go to the heart of debates over the nature and role of human rights» (1999: 996).

6.4.1 Les droits de la personne n'offrent pas un contexte cognitif autonome pour penser les peines: variables de contrainte

Comme le mentionnent Froestad et Shearing, «many scholars have expressed reservations about the continued value of human rights as a source of freedom, critique and reinvention» (2007: 194). Dans cette recherche, ces mises en garde ont certainement eu une résonance particulière. L'étude de notre matériel empirique a en effet démontré que les formes adoptées en référence au médium «droits de la personne» soutiennent des possibilités évolutives différentes et souvent contradictoires en matière de droit criminel moderne.

La Charte aurait été une occasion idéale pour développer la forme garantiste que peuvent avoir les droits de la personne en matière de peines, comme elle l'a fait pour ce qui est des droits procéduraux. Un rendez-vous a été manqué? Un rendez-vous remis? Quoi qu'il en soit, les matériaux juridiques sont disponibles pour l'évolution identitaire du droit criminel de la seconde modernité. On nous opposera peut-être qu'il est de la nature de tout système de droit de se montrer rigide devant le changement; après tout, sa fonction n'est-elle pas la stabilisation des attentes normatives? Il faut sans doute distinguer entre un système social dont l'identité est rattachée à la fonction et un système social dont l'identité est rattachée à l'exécution d'un programme en particulier. Lorsque le système juridique conçoit son identité en lien avec sa fonction, certes, la stabilisation des attentes normatives de comportement devient importante, mais elle n'empêche pas, bien au contraire, une réflexion où le système peut se remettre en question et chercher à «optimiser» sa fonction par un renouvellement partiel ou complet de ses structures. Lorsque le système juridique conçoit son identité en lien avec son programme, en l'occurrence le programme punitif du droit criminel, la protection du programme, contre vents et marées, devient alors une question de survie identitaire. Dès lors, l'ouverture cognitive se resserre, la réflexion devient menaçante, l'autocorrection reste superficielle et les possibilités d'apprentissage sont réduites au strict minimum. Luhmann explique :

D'après tout ce que nous savons aujourd'hui du processus d'apprentissage et notamment du réapprentissage des opinions et des attitudes, nous devons affirmer qu'un système social devrait être structuré d'une manière complètement différente pour pouvoir

mener à bien cette tâche. Il ne devrait pas être programmé par des règles invariables; il devrait avoir, à l'intérieur de certaines limites, la possibilité de s'écarter des valeurs reconnues, de tolérer des infractions ou de mettre complètement de côté les sanctions. Il ne devrait pas attaquer de front les opinions préconçues, mais devrait plutôt permettre de procéder indirectement et, en premier lieu, élaborer des positions de rechange contenant de nouvelles attentes qui pourraient remplacer progressivement les anciennes. [...] Tout cela ne peut être attendu d'un système qui est spécialisé principalement dans l'application du droit au sens de l'exécution d'un programme (Luhmann, 2001a : 109).

Dans cette forme, les systèmes prennent tous les «plis» des «organisations égocentriques» de Morgan : ils se voient «comme des entités distinctes qui doivent survivre *en dépit* des caprices du monde extérieur, qui est souvent conçu comme un ensemble de menaces et de possibilités» (Morgan, 1999 : 250). Comme le mentionne Morgan, «le résultat de cet égocentrisme, c'est que finalement, beaucoup d'organisations essaient de conserver des identités qui manquent de réalisme ou d'en produire qui, en fin de compte, détruisent d'importants éléments des contextes dont elles font partie» (Morgan, 1999 : 250). L'exemple que choisit Morgan pour appuyer son propos est intéressant :

Les entreprises qui fabriquaient des montres et des machines à écrire sans tenir compte de possibilités de l'affichage numérique ou de la micro-informatique offrent un bon exemple d'identité qui manque de réalisme. Parce qu'elles se définissaient comme des «horlogers» ou comme des «fabricants de machines à écrire», elles continuèrent à fabriquer des objets traditionnels en ayant recours aux techniques traditionnelles, sans se rendre compte que ces identités n'étaient plus pertinentes ni réalistes. Le résultat, c'est qu'un bon nombre ont disparu devant la concurrence nouvelle. Nous pouvons dire, après le fait, que ces entreprises au service de marchés traditionnels *auraient* dû voir les nouveaux développements et les inclure dans leur environnement, mais ce serait négliger un point important : leur compréhension du milieu faisait partie de leur identité d'horlogers ou de fabricants de machines à écrire. La fermeture que cela comportait a inhibé leur capacité d'obtention ou de création de nouveaux renseignements qui leur auraient permis de remettre en doute le statu quo. Pour réussir, elles auraient eu besoin d'une conception bien différente d'elles-mêmes et de ce que leur avenir exigeait (Morgan, 1999 : 250-251).

En appliquant ces considérations au droit criminel moderne, c'est une toute autre analyse du problème de la non évolution qui émerge. On a pu abondamment décrire les coûts sociaux, humains et économiques, les effets contre-productifs et pervers du droit criminel moderne.

Les problèmes sont apparents partout et prennent différentes formes, comme le fait ici remarquer Snider:

Increasing punitiveness and reliance on the criminal justice system matters for three reasons: first, it consumes resources—of time, money, and imagination—that could best be employed elsewhere; second it strengthens the arm of the state that is the least effective and the most rigid, hierarchical, and intrusive; and third, it reinforces practices and policies that promote not safer, more humane, less violent societies, but more violent, desperate, and inhumane societies (Snider, 1998: 41).

La question qu'on peut se poser est alors la suivante : s'il est certes important de critiquer et de dénoncer les « ratés » du système de droit criminel moderne—ne serait-ce que pour garder la conscience collective vigilante et alertée—, cela sera-t-il toutefois suffisant pour induire l'évolution systémique? Le problème de la non évolution du système de droit criminel n'est pas un problème d'angle mort par rapport aux « ratés »—du moins pas uniquement—, c'est un problème d'angle mort sur le plan des auto-descriptions identitaires : dans l'auto-description dominante de la rationalité pénale moderne, toutes les théories de la peine se fédèrent au-delà de leurs différences respectives pour associer intimement et indissociablement la survie du système à la survie de son programme punitif, afflictif et générateur d'exclusion sociale. D'espérer la transformation du système en se contentant de le «sensibiliser» aux coûts sociaux et économiques qui se rattachent à l'exécution de son programme²⁴³ serait l'équivalent d'espérer qu'un individu aux prises avec des problèmes de toxicomanie abandonne ses pratiques en lui faisant tout simplement prendre conscience des conséquences y afférentes. Autant le système social que le système psychique peuvent être tout à fait «conscients» des conséquences négatives de leurs pratiques. La « prise de conscience » est sans doute utile dès lors qu'elle peut servir de motivation à la transformation, mais elle est en même temps rarement suffisante en soi : la transformation, c'est du moins l'hypothèse que nous souhaitons formuler ici, requiert une reconfiguration identitaire, une nouvelle auto-description capable de dissocier la survie du système (social ou psychique) de la continuation redondante de la pratique (exécution du programme). C'est à cette condition que nous pouvons théoriquement envisager un droit criminel plus ouvert

²⁴³ Et il y aurait sans doute ici toute une réflexion à mener sur les orientations et les stratégies développées par la criminologie critique pour catalyser le changement en matière de droit criminel.

cognitivement, capable de mettre son programme au service de sa fonction—et non plus sa fonction au service de son programme—et donc de le changer au besoin, d’apprendre de son environnement et d’instituer de nouvelles possibilités d’être. C’est sous cette condition que nous pouvons théoriquement envisager une réception plus positive des droits de la personne dans l’enceinte du droit criminel et ce, *tout* particulièrement par rapport aux normes de sanction. En appui à cette hypothèse, nous croyons que les observations de Morgan dans le monde des organisations et des entreprises (qui sont par ailleurs des systèmes sociaux) demeurent tout à fait pertinentes pour notre propos :

[...] les organisations humaines comme les entreprises ont un caractère particulier dans la mesure où elles ont la capacité de critiquer leur propre identité ainsi que les processus et usages qui les soutiennent. Cette caractéristique leur permet souvent d’ébaucher des modèles significatifs de changement. En apprenant à “se voir elles-mêmes” et à voir de quelle façon elles enactent [sic] leurs rapports avec le “milieu” élargi, elles inventent de nouvelles possibilités de transformation (Morgan, 1999 : 252).

Pour le moment, ce que nous observons empiriquement, c’est un système de droit criminel centré sur l’exécution de son programme. Dans ce cadre, s’il demeure vrai que «dans des interactions entre des systèmes élastiques et rigides, les systèmes élastiques s’adaptent à ceux qui sont rigides, tout comme le sable s’adapte à la pierre, mais non l’inverse» (Luhmann, 1989a : 60), il est peu probable que la *logique rocailleuse* du système de pensée dominant s’adapte à la *pensée sablonneuse* des droits de la personne²⁴⁴. Ce qui est plus probable et c’est ce que nous avons pu observer empiriquement, c’est que les droits de la personne prennent une tangente punitive pour s’adapter aux attentes normatives de la rationalité pénale moderne. La fluidité des droits de la personne, ses ambiguïtés et son indétermination *versus* la rigidité de la RPM, ses certitudes et son dogmatisme : on voit difficilement comment la première sémantique aurait pu dialoguer avec la seconde sans emprunter ses logiques et se plier à ses attentes.

²⁴⁴ Nous remercions Richard Dubé pour la suggestion de cette métaphore.

La question qui se pose est alors la suivante : comment créer des nouveaux contextes cognitifs au sein d'un système social ?

Cette question va nous permettre d'éviter de contribuer personnellement à la redondance du système et nous donnera l'occasion de terminer en présentant les rares éléments empiriques qui nous ont tout de même donné la possibilité d'entrevoir, sur le plan de la détermination de la peine, une certaine mobilisation *garantiste* des droits de la personne. Nous allons leur consacrer la prochaine et dernière section de ce chapitre.

6.4.2 Les droits de la personne comme «attracteur de changement» dans le domaine des peines du droit criminel : variables de variation

La question que nous voulons explorer ici est la suivante : «what can be done to uphold the critical content of human rights?» dans le domaine des peines du droit criminel moderne? (Froestad and Shearing, 2007 : 195).

Pour articuler cette réflexion, nous allons nous appuyer sur le concept d'«attracteur de changement» développé par Morgan (1999). L'outil nous semble tout à fait pertinent et heuristique face au problème de l'évolution identitaire qui nous occupe ici en matière de droit criminel.

Les travaux des théoriciens du chaos suggèrent que les opérations des systèmes tendent à se transformer sous l'influence de certains «attracteurs». Selon Morgan, «si un système possède un niveau suffisant de complexité interne, le hasard, la diversité et l'instabilité deviennent des ressources pour le changement» (Morgan, 1999: 253). Morgan explique l'influence de l'attracteur de changement :

Pour comprendre la signification d'un attracteur, faites l'expérience qui suit. Imaginez que vous êtes assis, au petit matin, sur un balcon à l'air libre. Devant vous, c'est le calme plat qui s'étale à n'en plus finir : un magnifique ciel bleu et de grands sapins verts se reflètent dans l'eau limpide d'un lac. Quelques huards plongent et replongent, après avoir

lancé leur cri si déchirant. Ce grand décor vous fait aspirer à la paix et à l'harmonie. Maintenant, laissez votre attention se tourner vers la pièce derrière vous. Le tic-tac de l'horloge est omniprésent, le moteur du frigo semble vrombir comme un moteur d'avion et un robinet fait subir le supplice de la goutte d'eau. Tous ces bruits vous tirent hors de la tranquillité extérieure. Bien que vos yeux restent fixés sur l'eau, votre esprit, lui, est ailleurs. Dans un sens très élémentaire, vous êtes pris entre deux attracteurs qui définissent le contexte de deux situations totalement différentes. Et votre attention par l'un rend l'autre insignifiante. Entièrement étouffés par la scène bucolique du lac, les bruits de la cuisine sont inaudibles. Seuls se font entendre les huards. Pourtant, dès que votre attention est attirée par le tic-tac de l'horloge, le "ploup" du robinet et le ronron du frigo, les bruits nuisibles deviennent la réalité dominante qui envahit tout (Morgan, 1999 : 254).

Ainsi, dans un système complexe, il serait donc possible de développer plusieurs contextes d'opérationnalité différents pouvant entrer en concurrence les uns avec les autres. En d'autres termes, dans l'accomplissement de ses opérations, un même système peut avoir plusieurs points de référence et dans ce cadre, *«le comportement détaillé du système dépend du contexte qui domine»* (Morgan, 1999 : 256, nos italiques).

Dans le cadre des opérations relatives à la détermination de la peine, le contexte prédominant, on l'a vu dans l'analyse du chapitre précédent, c'est celui de la RPM. C'est elle qui semble en effet servir de référence dominante dans l'accomplissement de ces opérations. Ainsi, pour que les droits de la personne en viennent à renouveler les communications sur les peines et à se constituer eux-mêmes comme «attracteur de changement» concurrentiel par rapport à la RPM, il faudrait imaginer un scénario permettant au système de «renouer avec l'énergie des commencements», de renouer avec la sémantique *garantiste* des droits de la personne. Comme l'indique Luhmann, un «system can "recall" internal contexts from the past and through that reduce the scope of possible operations in the present» (Luhmann, 1993: 306).

Une reconsidération des valeurs garantistes et une (ré)adaptation de ces valeurs positives dans le domaine de la pénalité contemporaine pourraient favoriser le développement d'un contexte nouveau pour les droits de la personne, un contexte pouvant se présenter comme une alternative à celui de la RPM, susceptible de faciliter les remises en question de la tradition punitive et de stabiliser l'innovation.

La création, à l'interne, de deux contextes, celui de la RPM et un autre qui lui serait opposé et tourné vers la modération et la protection des droits des personnes accusées se présenterait comme une forme de réduction de la complexité externe (environnement) par la complexification interne des structures de possibilités. Cette réduction de la complexité externe par la complexification interne se traduirait concrètement par l'accroissement, mais surtout par la diversification des possibilités communicationnelles sur les peines. La création du contexte *garantiste* permettrait aux acteurs judiciaires de supporter des solutions moins centrées sur l'exclusion ou l'affliction sans craindre d'avoir à payer le prix de leur déviance²⁴⁵.

Pour l'instant, cette possibilité de complexification interne n'est encore que virtuelle. Ce qui en attendant reste bien actualisé, c'est la RPM qui, elle, continue d'agir comme contexte de référence principal. Or, explique Morgan, « dans la mesure où le système reste emmuré dans le vieux contexte, aucun changement d'importance n'est possible » (Morgan, 1999 : 261). Par conséquent, avant de penser aux avenues qui nous permettraient de sortir de la « bouteille à mouches » de la RPM, il faut d'abord reconnaître—et notre empirie serait allée dans ce sens—que nous sommes bel et bien prisonniers du contexte dominant et que nous sommes susceptibles de tomber dans le piège classique de vouloir faire du vieux avec du neuf ou de « tenter de faire du neuf à l'ancienne » (*ibid* : 261), ce qui revient au même. Il s'agit là, reprend Morgan, d'un « problème de base sur lequel butent tant d'organisations désireuses de se transformer » (*ibid* : 261).

La question est alors celle de savoir comment faire du nouveau avec du nouveau ? Comment créer « de 'nouveaux contextes' capables de rompre l'emprise des modèles dominants d'attracteurs au profit de nouveaux modèles » (Morgan, 1999 : 259). Comment introduire le nouveau contexte garantiste des droits de la personne dans un univers cognitif dominé par le vieil attracteur de la RPM ? Considérons à ce sujet les propos de Morgan qui nous rapporte ici les enjeux tels que les ont conçus les théoriciens du chaos.

²⁴⁵ Ce qui s'est empiriquement traduit, dans nos entretiens, par la crainte d'être « cassé » en appel.

Quand ils ont expliqué comment des systèmes pouvaient se transformer [...], les théoriciens du chaos ont trouvé particulièrement intéressant de constater ce qui arrive quand un système est « poussé », hors d'équilibre, vers un état « frisant le chaos ». Il se trouve dès lors devant des « points de bifurcation », des sortes de « fourches de chemin » menant vers d'autres avenir. [...] Si un vieil attracteur dominant parvient à dissiper l'énergie et l'instabilité, les changements potentiels se dispersent et le système retourne vers une variante de son état antérieur. Si, au contraire, un nouvel ensemble d'influences l'emporte, il peut « attirer » les énergies vers une nouvelle configuration. Les « points de bifurcation » et les attracteurs apparentés existent toujours potentiellement à l'intérieur d'un système complexe non linéaire. Ils indiquent des possibilités d'auto-organisation et d'évolution d'une forme nouvelle (Morgan, 1999 : 256).

Certains pièges cognitifs peuvent donc empêcher l'«évolution transformationnelle» d'un système vers de nouvelles formes ou de nouvelles auto-descriptions. En matière de droit criminel, nous en avons rencontré plusieurs tout au cours de cette recherche. Ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, c'est la dynamique du changement interne. Morgan nous présente le cadre de cette dynamique :

[...] le système, par ces moyens, commence à remettre en question et à changer ses normes de fonctionnement, ses paradigmes et ses suppositions, puis à se libérer des pièges cognitifs ou d'autres qui soutiennent son modèle d'attracteur déjà établi (Morgan, 1999 : 261).

Quoi qu'il en soit, nous avons pu observer que les théories de la peine et les droits de la personne forment deux contextes cognitifs pour penser le choix des sanctions. Dans la communication suivante, ces deux espaces sont marqués :

[PROCUREUR #11] En général, disons dans le monde de l'enquête, on pense toujours droits de la personne. Ce qui, à l'occasion, amène certaines critiques de la part de certaines personnes du monde de l'enquête, en disant on pense trop aux droits de la personne, si on pensait plus, si on pensait plus au crime qui est commis et à la société qui veut punir, la rétribution, la punition, la dénonciation, mais il faut vivre avec ce qu'on a comme système de droit, il faut vivre avec ce qu'on a comme chartre, comme droits de la personne.

Ici, nous avons la possibilité de voir comment le système peut penser les droits de la personne séparés des théories de la peine, et par conséquent, comme un contexte concurrentiel : «on pense trop aux droits de la personne»/«si on pensait plus à la société qui veut punir, rétribuer». Ces deux sémantiques semblent fournir deux contextes différents de prise de décisions²⁴⁶. Dans cette actualisation, soit on pense aux droits de la personne, soit on pense aux objectifs du droit criminel : rétribution, dénonciation, etc. Nous pouvons voir que les idées sur les peines sont davantage colonisées par les critères cognitifs que fournissent les théories de la peine et que les critères cognitifs que fournissent les droits de la personne garantistes semblent rediriger la pensée et la communication vers la procédure.

Cela dit, dans notre empirie, à côté des actualisations qui renforcent le contexte dominant de la RPM, certaines communications ont tracé de véritables variables de variation susceptibles de favoriser un déploiement innovateur et garantiste des droits de la personne dans le domaine des peines du droit criminel. Celles-ci se présentent comme des points d'ancrage pour une évolution systémique plus détachée de l'orientation cognitive que fournissent les théories de la peine de la première modernité. Dans ces communications, les droits de la personne fonctionnent alors comme des ressources cognitives pour le système de droit criminel : ils servent à «penser» le système et ses modes d'intervention d'une autre façon. Dans les termes de Luhmann, nous pouvons dire que ces communications indiquent «the search for alternative possibilities for observation, which are richer in their structure» (Luhmann, 1993 : 312). Nous avons pu observer trois types de communications innovatrices : des communications *garantistes* dans le domaine des peines (6.4.2.1); des communications identitaires libérées du connu (6.4.2.2); et finalement des communications égalitaires pour les bénéficiaires des droits de la personne (6.4.2.3).

²⁴⁶ En effet, nous pouvons aussi observer cette question autrement. D'un côté, nous pouvons observer comment les peines peuvent se passer des critères des droits de la personne mais, de l'autre, nous pouvons représenter les droits de la personne comme offrant un espace cognitif *autonome* de celui des théories de la peine, même si dans cette communication cette représentation est évaluée de façon négative.

6.4.2.1 Des communications *garantistes* dans le domaine des peines

Les communications qui s'appuient sur les droits de la personne pour penser de façon plus critique les normes qui gouvernent le contexte dominant de la détermination de la peine vont d'abord s'en prendre à la sévérité des peines pour finalement ouvrir la porte aux sanctions alternatives. Voici quelques exemples tirés de notre matériel empirique :

[JUGE #29] Les alternatives, moi, je trouve que plus il y a de possibilités, plus il y a moyen d'intégrer différents éléments. Et je pense que ça ne peut pas faire autrement que d'améliorer le sort des accusés et des justiciables puisque ça permet d'intégrer davantage les droits des personnes.

[JUGE #2] Can we look at rehabilitation? Can we look at sentencing circles? Trying to expand our minds to be again conscious of this twofold hat for preventing or prohibiting a certain conduct but treating people who are charged with an offence in a more humane way, in a more fair way.

Dans ces communications, les droits de la personne sont observés comme des ressources cognitives qui peuvent être mobilisées pour limiter la sévérité des peines, pour questionner les peines minimales, pour remettre en question l'obligation de punir par des peines afflictives même face à des comportements jugés « graves ». Les droits de la personne sont envisagés comme devant informer la recherche de nouvelles solutions institutionnelles lesquelles se voudraient moins centrées sur l'affliction. On sent que les acteurs, en prenant appui sur la sémantique des droits de la personne, arrivent à entrevoir la possibilité d'échapper à la rationalité pénale moderne, à se libérer du connu et à sortir des vieux « paradigmes » du contexte dominant. Dans ces communications, les droits de la personne servent d'attracteur de changement. En effet, dans ce type de communications, les peines sont pensées davantage à la lumière des idées *garantistes* qu'à la lumière des idées afflictives.

6.4.2.2 Des communications identitaires libérées du connu

Les communications qui nous intéressent ici sont celles qui nous renvoient à une auto-description identitaire du droit criminel moderne où s'atténuent les représentations d'hostilité et où émerge (timidement peut-être) une représentation beaucoup plus conciliatrice, basée sur

la promotion des conditions favorisant le « vivre ensemble ». Quelques exemples empiriques en guise de référence :

[PROCUREUR # 19] L'objectif premier me semble-t-il de l'administration de la justice est de tenter de réparer le tissu social qui a été déchiré dans une certaine mesure par la commission d'une infraction, d'un acte criminel quelconque. Et la réparation du tissu social peut passer par différents modes de résolution de conflit.

[JUGE #21] Il y en a des criminels qui commettent des erreurs graves, mais il y a moyen de travailler *avec eux tout en assurant une société paisible*.

[PROCUREUR, # 19] La justice pénale, ce n'est pas juste une question de prison et de police et de procureur de la Couronne. C'est plus que ça.

Dans ce type de communications, on cesse de mettre l'accent sur l'obligation de punir, on met de côté les hostilités qu'a pu susciter le crime, on s'oriente vers l'avenir et la génération d'une paix sociale qui inclut la personne du délinquant, on s'ouvre aux sanctions alternatives (juridiques, voire non juridiques) en reconnaissant que la réparation du lien social peut se faire par différents modes de résolution de conflit, on remet en question l'obsession de l'exclusion sociale, bref, on prend ses distances par rapport au contexte dominant. Même si on n'en fait pas explicitement mention, il est clair que dans un tel désengorgement cognitif des normes de sanction, la possibilité d'une actualisation plus positive des droits de la personne devient envisageable.

6.4.2.3 Des communications conciliatrices des intérêts de tous les bénéficiaires des droits de la personne

Elles sont rares, mais elles existent les communications qui ne conçoivent pas les droits de la personne du justiciable en rapport d'opposition avec les droits des victimes. Quoique nous ayons pu à cet égard privilégier comme mises en forme dans le passé, rien n'empêcherait théoriquement une représentation plus égalitaire, plus conciliatrice où la «personne» des droits de la personne rassemble sous un même toit les intérêts du justiciable et ceux de la victime ou de toute autre personne. La communication du procureur 19 supporte l'idée.

[PROCUREUR #19] Moi, j'ai toujours été persuadé qu'il n'y a pas nécessairement antinomie entre la protection des droits de la victime et la protection des droits des inculpés. On peut très bien marier les deux et le fait de se soucier de l'un ne veut pas dire que l'on doit ignorer l'autre, même s'il y a eu une telle perception à une certaine époque.

Dans ce contexte, beaucoup plus positif que celui de la rationalité pénale moderne où le délinquant est fait ennemi de la société, nous pouvons envisager dans le domaine de la détermination une double protection simultanée : par exemple, en acceptant de reconnaître le pardon de la victime, la réparation ou le dédommagement des torts qu'elle a pu subir comme des modes de résolution de conflit mettant un terme aux procédures d'État, le système de droit criminel s'autorise à protéger à la fois les intérêts de la victime et ceux du délinquant contre qui des souffrances inutiles et des exclusions sociales contre-productives pourront être évitées. Ces communications abandonnent la mise en forme guerrière du conflit et ouvrent la voie à des formes de résolution de conflit plus positives, plus respectueuses des droits de toute personne. Ces communications sont par ailleurs conçues comme pouvant augmenter davantage l'espace de liberté de tous les acteurs impliqués dans la procédure pénale, incluant celui de la victime qui peut se prévaloir de son droit de pardonner, incluant aussi celui du délinquant qui peut se prévaloir quant à lui de son droit de réparer, de restituer ou de dédommager les torts qu'il a commis.

Conclusion

Nous avons voulu terminer cette étude en essayant de donner une certaine «visibilité» à quelques-unes des idées et des possibilités que les théories de la peine occultent. Nous avons exploré la possibilité d'observer les droits de la personne comme un «attracteur de changement» susceptible de créer un nouveau contexte cognitif pour penser le choix des sanctions et la forme pénale d'intervention. Il faudrait à cet égard «renouer avec l'énergie des commencements» (Luhmann, 1993: 306) des droits de la personne garantistes de la première modernité en reconnaissant que «certain constellations were overlooked» et qu'il vaudrait la peine de reconstruire les possibles non actualisés (*ibid.*: 327). En effet, notre analyse laisse croire que la première modernité du droit criminel contenait en elle un contexte cognitif des

droits de la personne en matière de peines qui est resté dans un état latent, un passé non actualisé qui peut devenir un présent actualisable. Pour reprendre Luhmann, «the system can ‘recall’ internal contexts from the past» et changer l’orientation de la communication, la formes des idées et les critères de décision à l’origine des pratiques (*ibid.*: 306). La sociologie du virtuel peut montrer l’autre face de l’empirie, les exclusions occultées, les possibles qui ne se sont pas actualisés. À quoi ressemblerait donc un système d’idées *human rights friendly*, un contexte cognitif alternatif à la RPM, dans le domaine des peines? À quoi ressemblerait l’univers des peines s’il avait été pénétré et remis en question par les idéaux qui ont façonné le *système de pensée de la procédure*?

On peut dire qu’un tel système d’idées serait constitué d’énoncés du type suivant : (i) interdiction des peines minimales parce qu’elles affrontent le principe de l’individualisation des peines et sont de ce fait arbitraires et contraires à l’article 9 de la Charte (cette idée est d’ailleurs défendue, à contre-courant disons-le, par l’honorable juge Lambert dans les affaires *Konechny* et *Smith* que nous avons mentionnées); (ii) la protection de la Société n’exige pas l’imposition de peines afflictives; (iii) abandon de la nécessité de punir; (iv) abandon de l’idée que la souffrance est un idéal ou but qui doit être cherché par l’imposition d’une sentence; (v) la récidive ne peut pas motiver l’alourdissement de la peine; (vi) le pardon de la victime n’est pas exclu; (vii) l’obligation de prioriser autant que possible les sanctions alternatives à l’emprisonnement serait encore plus «obligatoire» et pénétrerait la culture judiciaire, etc.

Luhmann dit qu’il est toujours possible dans un système d’aller récupérer «rejected alternative instructions which form the reservoir from which legislation and above all judicial lawmaking take their materials» d’un côté, et de l’autre, que les idées actualisées dans la prise de décisions «can be employed innovatively as well» (Luhmann, 1993 : 326-327). Notre recherche nous amène à prendre au sérieux l’hypothèse voulant qu’une régénération de formes *garantistes* et innovatrices du médium «droits de la personne» en matière de peines nécessite le développement et la stabilisation d’une autre culture cognitive, une culture que les acteurs pourront reconnaître comme étant au moins tout aussi légitime et «opérationnalisable » que celle instaurée par la RPM.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Un paradoxe, selon Barel, «ne se supprime pas, ne se "dépassé" pas». Nous pouvons cependant tenter de le «maîtriser partiellement» et de voir «non l'invisible, mais les processus d'invisibilisation» (Barel, 1983 : 468). Tel a été la ligne directrice au centre de notre étude, essayer de comprendre les rapports paradoxaux entre les droits de la personne et le droit criminel pour, en fin de compte, pouvoir à la fois mieux expliquer les «processus d'invisibilisation» de cette sémantique dans le domaine des peines et mieux décrire les conditions *d'émergence* de ce paradoxe.

Outre les descriptions du paradoxe que nous avons exposées et qui proposent de questionner les droits de la personne en tant que «bouclier ou épée» du droit pénal ou encore «frein ou amplificateur» de la répression, ce paradoxe a jusqu'ici été peu analysé et peu élaboré dans la littérature et encore moins, en relation avec les théories de la peine du droit criminel moderne : or, c'est précisément cette voie que, à l'instar de Pires (1995a; 2004b), nous avons ici privilégiée. Nous nous sommes donné un point de départ semblable à ces analyses : celui de vouloir comprendre et donner sens à certaines tendances de la pénalité contemporaine qui semblaient indiquer de nouveaux développements de la sémantique des droits de la personne au service de la répression. Nous avons cependant emprunté une voie différente pour mieux comprendre l'émergence du paradoxe et l'explication du fait que les droits de la personne puissent orienter le droit criminel dans des présents différents. Retraçons ici, pour conclure la recherche, le chemin parcouru et les propositions analytiques sur lesquelles il a débouché.

Le premier défi que nous nous sommes donné a été celui de décrire les formes de droits de la personne présentes dans le circuit de communication du système de droit criminel. Nous avons voulu nous détacher des descriptions qui, sans savoir que faire des incohérences reliées au thème, proposent des distinctions entre «les bons droits de la personne/les mauvais droits de la personne», les «vrais droits de la personne/les faux droits de la personne», etc. Comment départager les uns des autres en termes analytiques, sans devoir ontologiser le

concept de droits de la personne en raison de nos préférences théoriques et de nos positions politiques? Cette question cache une énorme complexité et explique peut-être en partie l'absence d'une théorie des droits de la personne que nous avons documentée dans le chapitre théorique. La théorie et les outils descriptifs n'ont pas suivi l'évolution rapide et «all-embracing» de la sémantique des droits de la personne et la réflexion sur le thème semble toujours être entachée d'une certaine «ambiguïté conceptuelle» (Cohen, 1993 : 99). Les outils de la théorie des systèmes sociaux, et notamment la distinction «médium/forme», nous ont permis d'observer les droits de la personne d'une façon plus descriptive, le point de départ étant celui de considérer l'hypothèse que ces droits aient pu s'être déclinés en plusieurs formes dans le système. Le pari que nous avons alors fait, à savoir que cette approche pourrait se montrer heuristique pour aborder la complexité qui entoure le concept de droits de la personne, nous semble relevé.

Nous avons répertorié une grande diversité de sens actualisés dans les communications du système de droit criminel par rapport à la thématization des droits de la personne qu'en ont fait les acteurs judiciaires. Nous avons organisé cette diversité autour de deux grandes catégories : les droits de la personne comme «formule de protection» et les droits de la personne comme «formule d'adaptation/évolution».

En tant que «formule de protection», les droits de la personne génèrent des formes qui vont au-delà de la forme traditionnelle présente à l'intérieur du système de droit criminel, la protection du justiciable. Outre celle-ci, nous avons pu identifier des tendances communicationnelles qui vont mobiliser la formule de protection au profit des «victimes», des «intérêts des mouvements sociaux» ou de la «protection des valeurs fondamentales de la société». Nous avons vu que la réception de nouveaux stimuli environnementaux par rapport à ces thèmes ou encore à celui de l'«opinion publique» est plus souvent qu'autrement une occasion pour le système de renouer avec les idées de la rationalité pénale moderne et non une occasion de la contester. Notre réflexion sur la façon de décrire les échanges du système avec son environnement n'est pas achevée, mais nous pouvons provisoirement décrire l'intégration des «nouveaux acteurs» dans le système comme un cas de «complexité par le bruit» (Diebolt, 2000 : 493) : le système se complexifie à l'interne en développant des ponts

d'attache avec certains événements qu'il voit, lui-même, comme étant extérieurs à lui. Ces événements produisent assez de bruit pour que le système considère devoir «s'adapter» et «prendre en compte» les informations qu'ils produisent. Ce qui nous semble mériter des développements plus étoffés, c'est le fait que le système semble se référer à ces critères comme devant influencer sur le résultat de la prise de décisions, sans qu'ils aient été le moins (ou très peu) élaborés à l'intérieur du système. Ceci est très clair pour le critère «opinion publique». Les phénomènes contemporains qui sont en train de rendre très visible le rapport paradoxal des droits de la personne avec le droit criminel (et non en train de le créer) ont de ce fait activé, à l'interne, les possibilités d'auto-organisation offertes par la RPM.

En tant que «formule d'adaptation/évolution», nous avons vu que la sémantique des droits de la personne fonctionne comme un mécanisme de «mise à jour» du droit criminel. Les droits de la personne vont permettre le «raffinement» des droits de la personne par le retour au médium et la génération de nouvelles formes; ils vont aussi servir de mécanisme de «réflexivité juridico-morale» dans la mesure où ils aident le système à se faire une «représentation d'usage» de la moralité sociale avec laquelle il juge important de se mettre en harmonie.

Ceci dit, une dimension de ce problème qui nous est apparue claire, c'est que dans les rapports système/environnement, il y a peu de chances pour le système d'«apprendre», dans un contexte où la RPM reste aussi dominante. En effet, s'il est vrai que des processus d'adaptation à l'environnement sont susceptibles de générer de la variété, puisque le système utilise sa sémantique et ses structures dans ses opérations, il aura tendance à mettre «'too much of its own'» (Luhmann, 1995: 351) dans les échanges avec l'environnement, perdant ainsi des occasions d'apprentissage. Dans le contexte des opérations d'adaptation, trop de rationalité pénale moderne risque de créer les conditions pour que les communications qui la confirment et la reproduisent soient plus probables que les communications qui la remettraient en question (en fonction notamment d'une actualisation garantiste des droits de la personne). Puisque tout système réagit aux irritations de l'environnement «en faisant jouer les possibilités de sa propre autoorganisation» (Luhmann, 2001b : 53), tant et aussi longtemps

que la RPM demeure le système dominant en matière de peines, il faut s'attendre à ce qu'elle opère une «conversion permanente» des éléments dissonants présents dans l'environnement.

Cet exercice, qui correspondait à la réalisation du premier objectif de cette thèse (élaborer une description théorique des rapports entre les droits de la personne et le droit criminel), nous a permis d'observer certains *patterns* dans les communications du système, certaines «routines cognitives». À partir de ces observations, nous sommes arrivée à une autre compréhension d'une des questions directrices de cette recherche, que nous avons posée en partant : «Peut-on se référer aux droits de la personne par l'expression 'système de pensée'» comme nous l'avions déjà fait, de façon exploratoire, auparavant (Pires et Garcia, 2007)?

Notre recherche débouche sur de nouvelles propositions et de nouvelles précisions théoriques en ce qui concerne cette question : les droits de la personne sont un système d'idées *dans le circuit de communication de la procédure* et seulement dans ce circuit. Plus spécifiquement, nos résultats de recherche indiquent l'existence d'un «système de pensée de la procédure» que nous nommerons au terme de cette recherche «rationalité procédurale du droit criminel moderne». Tel que la RPM, ce système de pensée a aussi pris une forme organisée dans le passage de l'Ancien Régime au droit pénal moderne. Les droits de la personne ont fourni les idées qui ont servi à la formation de ce système d'idées.

Au début de notre démarche, nous étions incapable de faire les distinctions nécessaires pour observer un tel ensemble organisé d'idées. Notre point de départ avait été construit en fonction d'une alternative radicale : les droits de la personne sont un système d'idées du système de droit criminel ou ils ne le sont pas. En essayant d'observer le système dans sa totalité, nous étions amenée de façon récurrente à un état de confusion par rapport à la possibilité de décrire les droits de la personne comme un système d'idées du droit criminel. L'analyse nous a «invitée» à faire ces nouvelles distinctions qui nous ont permis des observations plus nettes, moins floues. La mobilisation de la distinction «médium/forme» a montré qu'il faut saisir la dimension réflexive du fonctionnement des systèmes dans les mécanismes/structures/circuits de communication/champs internes propres au système que l'on observe. Nous avons alors procédé en différenciant les circuits de communication du

système de droit criminel et en évaluant le rôle des droits de la personne séparément par rapport à chacun d'entre eux. Cette stratégie fut utile pour diminuer l'impact de la «dialectique de la confusion» (Peces-Barba Martinez, 2004 : 21) qu'accompagne souvent l'observation des droits de la personne. Nous pouvons maintenant indiquer dans quelle mesure et par rapport à quel champ les droits de la personne ont influencé et continuent d'influencer les opérations de reproduction du système de droit criminel en créant des attentes normatives et cognitives stables (champ de la procédure). Nous pouvons aussi indiquer l'autre champ dans lequel même si les droits de la personne sont présents, ils ne permettent pas d'anticiper l'orientation du système dans le déroulement de ses opérations (champ des normes de sanction).

La confrontation de notre approche avec le champ d'observation empirique nous amène, au terme de notre recherche, à revenir sur l'alternative radicale du tout ou rien pour la reformuler en distinguant clairement le domaine de la procédure et le domaine des idées sur les normes de sanction. Dans le premier, nous avons rencontré des «strong human rights» et dans le deuxième des «weak human rights» (Neves, 2007 : 422). Et non seulement faibles, mais également des «droits de la personne partisans» (par opposition à universaux) et des «droits de la personne répressifs » ou proprement «paradoxaux».

Par rapport au champ de la *procédure*, nous pouvons observer la présence de différents énoncés stables en rapport les uns avec les autres et organisant le thème des droits de la personne de façon tout à fait spécifique, différente par rapport à d'autres systèmes ou d'autres circuits de communication. Le système de pensée de la procédure est constitué d'idées que nous pouvons rattacher à la sémantique des droits de la personne et que nous pouvons identifier clairement : droit à une défense pleine et entière; droit à un avocat; droit au silence; droit à être jugé par un juge neutre et impartial; droit à comparaître devant un juge dans les plus brefs délais, etc. Ces droits ont formé un système d'idées organisé et *garantiste* sur le plan de la procédure et nous pouvons dire qu'ils ont été reçus comme ressource normative et cognitive pouvant nourrir et influencer, de façon organisée et stable, le système d'idées de la «rationalité procédurale du droit criminel moderne». Cette rationalité émerge aux XVIII^e et XIX^e siècles, transformant progressivement les formes procédurales de l'Ancien Régime et

aboutissant aux formes procédurales proprement modernes : dans ce processus de transformation, les procédures secrètes seront abandonnées au profit d'un procès public, la torture comme mode de production de la vérité devient inadmissible et laisse la place à des formes d'enquête physiquement moins contraignantes pour le suspect, etc. Cette rationalité procédurale, fruit de la modernité, est venue encadrer *la procédure* à partir de certaines dimensions/valeurs jugées essentielles ou, désormais, fondamentales. On entrevoit notamment à cet égard une forme de valorisation de l'être humain et de sa dignité; une valorisation de la liberté de l'individu; une promotion de l'autonomie et de l'indépendance personnelle; un souci de favoriser plus de sécurité juridique pour le justiciable, etc.

Les observations théoriques nous ont permis de voir que ce système d'idées au cœur de cette rationalité procédurale a été sans cesse élaboré et réactualisé dans les trames discursives du droit criminel moderne. Il a fait l'objet de constructions doctrinaires et jurisprudentielles qui affirment sa validité et qui participent de façon récursive à sa stabilisation. Comme nous l'avons mentionné, il peut y avoir de temps à autre des reculs ou des écarts du point de vue des *pratiques* ou des *idées*²⁴⁷: certaines décisions peuvent viser l'affaiblissement du droit au silence par exemple; mais de façon générale, au-delà des déviations ponctuelles et circonscrites, la rationalité procédurale du droit criminel moderne sert de cadre de référence dominant pour penser théoriquement (auto-descriptions) et faire empiriquement (auto-observations) une justice considérée comme *juste* ou *légitime* sur le plan de la procédure.

Nos entretiens de recherche ont clairement indiqué la présence de solides mécanismes cognitifs qui garantissent un usage uniforme et cohérent des droits de la personne dans le champ de la procédure : ils apparaissent en grappe, la mobilisation de l'un mène spontanément à la mention d'un autre, et nous pouvions anticiper de façon assez stable l'enchaînement de la communication. La communication sur ces idées se fait tout le temps accompagner par la communication sur un ensemble de pratiques qui en découlent (façons de

²⁴⁷ À chaque fois, l'observateur qui s'intéresse à ce système d'idées doit apporter un jugement par rapport à l'adéquation des formes au médium, et expliciter les critères par lesquels il décide ce qui est *in* et ce qui est *out*. Tel un virus, certaines formes peuvent en venir à démanteler ou corrompre le sens d'un médium donné. En d'autres mots, la souplesse caractéristique d'un médium ne signifie aucunement qu'il puisse comporter toutes les formes (Barbesino et Salvagio, 1996).

réaliser l'enquête, pratiques d'organisation judiciaires protectrices de la dignité humaine, etc.). De ce fait, nous pouvons parler d'une *culture procédurale* stable des droits de la personne dans le système de droit criminel, au sens luhmannien de culture: «Culture is not necessarily a normative content for meaning; perhaps it is more like a limitation of meaning (reduction) that makes it possible to distinguish appropriate from inappropriate contributions or even correct from incorrect uses of themes in theme-related communication» (Luhmann, 1984 : 163). Contribue à l'établissement de cette culture l'existence d'un appareil lourd d'affirmation et d'interprétation des droits de la personne de la procédure : constitutionnalisation, juridicisation, abondante création jurisprudentielle en ce qui concerne l'interprétation des notions reliées à la procédure, développement de toute une série de pratiques reliées aux idées et idéaux de ces droits garantistes.

Après ce constat, quelques questions importantes demeuraient sans réponse. Comment se fait-il que la sémantique des droits de la personne ait si profondément marqué les discours sur la procédure et comment se fait-il par ailleurs qu'elle ne soit pas arrivée—sinon de manière extrêmement *loose*—à imprégner de la même manière les discours sur les peines? Comment se fait-il que les peines du droit criminel—dont plusieurs, les plus importantes, mettent directement en jeu des valeurs centrales des droits de la personne (liberté, protection de l'intégrité physique, dignité humaine, etc.)— n'aient pas été revisitées à la lumière des droits de la personne? Plus encore, comment expliquer le développement de certaines formes qui favorisent même la répression? Où est donc passé l'«idéal de modération» des peines», «pierre angulaire du projet pénal classique» (Cartuyvels, 2007 : 36)? Que dire de la «dimension contestataire et subversive» (Lochak, 2005 : 3) des droits de la personne par rapport au pouvoir de punir?

Dans le champ des normes de sanction, la recherche a montré que les droits de la personne ne semblent pas avoir participé à la transformation du système d'idées dominant (la RPM), à tout simplement le remettre en question, et encore moins à permettre l'émergence et la stabilisation d'un système d'idées alternatif. Dans l'univers des peines, les droits de la personne ne sont tout simplement pas un point de référence et ils ne peuvent ainsi permettre la construction d'expectatives stables. Nous avons vu que, même quand les droits de la

personne garantistes réussissent à s'infiltrer dans le domaine des peines, à se faufiler dans des interstices plus périphériques ou marginaux—et qui ne menacent donc en rien l'intégrité du centre qui, lui, demeure gouverné par la RPM—c'est de manière imprécise, incertaine, contradictoire et sans grande conviction par rapport à la promotion des alternatives et à l'évolution des structures normatives qui encadrent le châtement. Ils restent toujours discrets et parlent toujours plus bas que la rationalité pénale moderne qui, elle, empêche ou du moins limite toute forme de remise en question quant aux manières de faire et de penser les peines et les modes d'intervention juridico-pénaux. Dans d'autres situations, ils sont mobilisés pour venir prêter leur concours aux idées de la RPM et alors non seulement ils perdent tout leur potentiel garantiste, mais ils renforcent les idées dominantes, celles qui favorisent l'exclusion ou l'affliction. Ce paradoxe a été suffisamment démontré dans notre empirie. Mais il fallait encore pousser la réflexion un peu plus loin et comprendre les conditions qui ont rendu possible l'émergence même de ce paradoxe. Au terme de l'analyse des obstacles cognitifs à une percée garantiste et innovatrice des droits de la personne sur le plan des peines, nous proposons deux interprétations globales complémentaires : la première est reliée à l'émergence d'un système de pensée dans le domaine des peines, la RPM, et la deuxième est reliée à la façon différente par laquelle les droits de la personne garantistes ont été conçus et développés sur le plan de la procédure et sur le plan des peines dans le droit criminel de la première modernité.

Pour ce qui est de la première interprétation, nous voulons suggérer que les droits de la personne ne favorisent pas l'évolution du système pénal dans le domaine des peines parce que, au même moment où ils influençaient le développement d'un système d'idées propre à l'encadrement des procédures, un autre système d'idées se développait autour des peines : la rationalité pénale moderne. Le droit pénal moderne a ainsi inauguré deux systèmes de pensée différenciés et centrés sur des problèmes/univers différents. La RPM a occupé de façon dominante et autoritaire le domaine des peines et a laissé peu d'espaces libres pour l'ancrage des droits de la personne. Elle a établi une «grammaire des motifs» pour punir qui façonne, encadre et discipline la manière de penser les peines et qui oriente les décisions par rapport au choix des sanctions. De l'autre côté, une rationalité proprement procédurale, ci-dessus décrite, émerge et se laisse structurer par les droits de la personne.

Par rapport aux peines, les idées de la RPM prennent elles aussi la forme organisée d'un système d'idées, extrêmement stable, sans cesse réactualisé, et qui bénéficie de mécanismes solides de réactualisation (jurisprudence, décisions, textes savants). Nos résultats de recherche ont suffisamment appuyé l'hypothèse selon laquelle les théories de la peine de la première modernité constituent de solides «obstacles cognitifs» à une réception *positive, innovatrice et garantiste* des droits la personne en matière de peines. Elles auront tendance à laisser pénétrer les mises en forme des droits de la personne qui viennent appuyer davantage leur idéologie «hostile, abstraite, négative et atomiste» (Pires, 2001a). Elles peuvent à la limite tolérer des mises en forme garantistes qui, dans le domaine des peines, sont tout aussi abstraites que le médium lui-même : celles-ci seront considérées, à juste titre, comme étant trop vagues pour orienter les pratiques, inopérantes—sinon dans des sens contradictoires—sur le plan des opérations et donc sans effet ni portée sur l'ordre établi. Ceci nous amène à la deuxième interprétation globale, la façon différente par laquelle les droits de la personne de la première modernité ont été institutionnalisés dans le système de droit criminel.

La proposition est la suivante : si les droits de la personne de la procédure ont été minutieusement prévus dans le droit criminel moderne, les droits de la personne des peines (dernier ressort, modération, etc.) semblent souffrir de sous-développement chronique. Les communications du système que nous avons étudiées semblent l'indiquer et nous faisons l'hypothèse que ce problème est lié aux commencements des droits de la personne, au fait qu'ils sont restés sous-développés dès le départ. Pour ce qui est de la procédure, à la sortie de l'Ancien Régime, les droits de la personne garantistes ont été conçus comme un «système de protections» : «toutes les déclarations anglo-saxonnes, de la Grande Charte de 1215, à l'Acte d'*Habeas Corpus* de 1679, en passant par la Pétition des Droits de 1628, sont si scrupuleuses sur la procédure pénale» (Edelman, 1992 : 159). Par rapport aux prévisions sur la procédure, celles sur les peines, faisaient, selon Edelman, figure de «parent pauvre» : «d'un côté le détail, de l'autre le principe» (*ibid*).

Pour ce qui est de la «rationalité procédurale moderne», les droits consacrés n'étaient pas tous nouveaux, on pouvait même en trouver «dans le droit canonique médiéval des formulations précoces», l'innovation résidant «dans leur association qui permet d'envisager

une systématisation de la procédure pénale (art. 13 à 15 de la déclaration de 1793)» (Horeau et Texier, 2008 : 860). Pour ce qui est de la «rationalité pénale moderne», elle représente l'aboutissement de la systématisation d'un certain nombre d'idées et de principes qui peuvent aussi être retrouvés à l'époque médiévale, et qui étaient centrés sur l'idée de punition et d'expiation. Nous voulons suggérer qu'il y a eu deux ruptures qui se sont appuyées sur deux traditions très différentes et qui peuvent expliquer la réception différente des droits de la personne dans le système de droit criminel. Dans le domaine de la procédure, une tradition garantiste pouvait être retracée au moins jusqu'aux droits établis dans la Magna Carta (1215); les droit procéduraux garantistes sont en ce sens pré-modernes et ils ont pu, dans un contexte qui se voulait de rupture, offrir un contexte cognitif alternatif. La rupture avec la barbarie a pu s'appuyer sur cette autre tradition, qui a quand même été récursivement établie et répétée (par les déclarations, par la doctrine).

Sur le plan des peines, une telle tradition garantiste ne peut pas être retracée de façon récursive (même si ici et là quelques braves philosophes ont pu suggérer des idées innovatrices). Il y a peut-être eu une rupture sur le plan des pratiques (fin des supplices, interdiction de la torture) mais il n'a pas eu de rupture du point de vue des idées et des façons de penser les peines. Par rapport à la cognition (sociale), nous pouvons dire que la rupture que la modernité est venue instaurer sur le plan des peines s'inscrit, pour employer l'expression de Gauchet, dans une «discontinuité majeure compatible avec une continuité essentielle» (Gauchet, 2002 : XV). On comprend pourquoi le droit criminel moderne n'a pas vu de contradiction entre les droits de la personne et la peine de mort. Historiquement, dans l'univers de sens du droit criminel, les droits de la personne ont été favorablement reçus comme «utopie régulatrice» pour l'orientation des transformations procédurales; au même moment, la rationalité pénale moderne s'est présentée comme «utopie régulatrice» pour l'orientation des transformations en ce qui concerne les normes de sanction. L'articulation de ces jumelages s'est faite de manière absolument contingente—c'est-à-dire qu'on aurait pu faire autrement—mais il n'en reste pas moins qu'aujourd'hui, ces jumelages persistent et sont perçus comme étant quasi naturels. Cela explique peut-être pourquoi la représentation garantiste que se font les acteurs judiciaires des droits de la personne est encore reliée de façon récurrente et stable au domaine de la procédure, leur «habitat naturel», une tendance

communicationnelle qui semble avoir été établie depuis la première modernité du droit criminel. La pensée des droits de la personne est en quelque sorte restée captive du domaine de la procédure; ces droits, les acteurs l'ont affirmé à plusieurs reprises, ont été «pensés», «élaborés» et «développés» depuis plus de deux siècles dans le cadre cognitif de la procédure. Cette vision est ancrée dans la façon contingente par laquelle ces droits ont été développés à un moment de l'historicité du système qui semble avoir encore un impact important sur le système pénal contemporain. Comme le mentionne Luhmann, par rapport aux habitudes de pensée «Tradition makes it only too apparent how much would have to be decided differently without it» (Luhmann, 1993 : 328) : c'est seulement quand nous essayons de penser les peines sans l'aide des théories de la peine que nous nous rendons compte à quel point les théories de la peine ont construit pour nous un univers cognitif d'idées et de raisons que nous ne réussissons plus à déloger, ont marqué une zone d'inclusion cognitive composée par les idées «autorisées» et «valorisées» et une zone d'exclusion cognitive composée par les idées «rejetées» ou «non-valorisées», des idées qui peuvent la menacer ou ébranler la place dominante de la RPM.

Si, au moment de la modernité naissante, au moment même du «vertige initial» des droits de la personne, ceux-ci n'ont pu stabiliser de formes garantistes dans le domaine des peines, comment pouvons-nous, aujourd'hui, faire évoluer la communication sur les peines, à partir de ces droits, dans un contexte où «il n'y a plus d'Ancien Régime à détruire?» (Gauchet, 2002 : 331). Cette question représente à notre avis l'enjeu fondamental qui doit orienter la réflexion sur la réforme du droit criminel moderne.

Le manque d'inventivité du système, les obstacles à l'innovation et la difficulté à faire pénétrer des idées alternatives ne doivent pas être expliqués par un quelconque «conservatisme» de la part des acteurs mais plutôt par un manque d'offre cognitive de la part du système pour les appuyer. Ce que nous avons pu remarquer c'est que, du point de vue des acteurs, il est beaucoup plus facile de suivre le chemin tracé par la RPM que d'assumer le poids de la déviance. Nous avons pu montrer que le processus de détermination de la peine gagne à être observé comme un processus «systémique» en complémentarité avec des approches qui privilégient les aspects reliés aux acteurs.

Pour conclure, nous aimerions insister sur le fait qu'une «ré-activation» du «ferment critique» (Gauchet, 2002 : V) caractéristique des droits de la personne de la première modernité peut être la ressource la plus intéressante que le système ait à sa disposition pour renouveler les idées qui encadrent le pouvoir de punir et pour penser à une «réforme de la réforme». Pour reprendre Baratta, «un effort conjugué d'inventivité juridique et d'imagination collective» devra pouvoir restituer une place centrale aux droits de la personne dans le développement d'une pensée innovatrice en matière de normes de sanction» (Baratta, 1999 : 251). Ces possibilités non actualisées des droits de la personne comme «attracteur de changement» doivent être davantage observées dans nos travaux futurs.

Pour ce qui est de la présente étude, nous espérons aussi avoir réussi à contribuer à une meilleure description du paradoxe au centre de cette recherche et au développement de propositions théoriques qui puissent nous aider à mieux comprendre les conditions de son émergence. Nous sommes consciente de certaines limites de cette recherche. D'abord, toutes les questions soulevées n'ont pu y trouver une réponse satisfaisante. De plus, nous avons dû nous centrer sur les obstacles *cognitifs* à une percée innovatrice et garantiste des droits de la personne dans le domaine des peines : notre recherche empirique nous a en effet permis d'observer d'autres types d'obstacles—manque de ressources, manque de «temps», par exemple—que nous n'avons pu analyser compte tenu des limites à l'intérieur desquelles la recherche a été conçue. Et, enfin, il y a, sûrement, les limites que nous ne voyons pas que nous ne voyons pas... Cela dit, nous considérons que comme toute nouvelle théorie, une recherche est un espace de réflexion ouvert ou, dans une formulation luhmanienne, «une machine à "générer" des problèmes» (Izuzquiza, 1990 : 379). C'est sous cet autre angle qu'il faut observer la contribution de notre recherche au développement de nouvelles connaissances.

ANNEXE A

GUIDE D'ENTRETIEN

Consigne générale :

Comme vous le savez par notre contact préalable, la finalité de cette entrevue est de bénéficier de votre expérience professionnelle comme juge/procureur de la Couronne pour mieux comprendre la manière par laquelle les droits de la personne interagissent avec le système pénal/criminel et entrent en relation avec les théories de la peine (dissuasion, rétribution, réhabilitation et dénonciation).

Introduction

Si vous le permettez, j'aimerais amorcer cette conversation en vous posant quelques questions plus générales sur votre fonction comme juge ainsi que sur la manière de concevoir le rôle du droit criminel dans la société.

1) Comment décrieriez-vous le rôle social du juge/procureur de la couronne en droit criminel?

- [Procureur] Est-ce que le procureur de la couronne se voit plus comme un représentant du système politique ou du système juridique?

2) Pensez-vous que le rôle du juge/procureur de la couronne a changé la constitutionnalisation des droits de la personne?

- Dans quel sens?

3) D'après vous, y a-t-il une relation entre la politique et le droit criminel?

- Si oui, quelle en est la nature?

Bloc I – Droits de la personne et droit criminel

Si vous voulez bien, j'aimerais maintenant qu'on se centre davantage sur la relation entre les droits de la personne et le droit criminel

4) Y a-t-il, selon vous, une relation entre les droits de la personne et le droit criminel?

- Si oui, quelle en est la nature?

5) Pensez-vous aux droits de la personne dans votre pratique?

- Si oui, à quel moment?

6) Quel est le rapport que vous établissez entre les droits de la personne et les droits des victimes?

7) Il arrive maintenant que des mouvements sociaux fassent des représentations devant la cour et qu'ils se prononcent sur la peine à donner à l'accusé. Certains professionnels pensent que c'est une bonne chose, d'autres ne sont pas certains que ce soit positif. Comment voyez-vous cela?

8) Quel est le lien que vous établissez entre les droits de la personne et un individu déclaré coupable d'une infraction criminelle mais qui n'a pas encore reçu sa peine?

Bloc II – Droits de la personne, droit criminel et théories de la peine

J'aimerais maintenant que nous parlions plus spécifiquement de la relation entre les droits de la personne et les principes de détermination de la peine en droit criminel et je vous propose aussi d'explorer la signification de certains mots très présents dans l'univers du droit criminel.

9) D'abord, y a-t-il une relation entre les droits de la personne et la détermination des peines en droit criminel? En d'autres termes, selon votre expérience, est-ce que les droits de la personne ont un effet quelconque sur les sentences et les pratiques décisionnelles en droit criminel?

- Si oui, de quelle manière?
- Si non, pour quelle raison?

10) Pour vous, est-ce que l'objectif de dissuasion générale signifie que l'on puni un individu plus sévèrement que ce qui serait nécessaire dans son cas?

Relances, si nécessaires :

- Croyez-vous que le tribunal peut augmenter ou réduire l'effet de dissuasion en fonction de la sanction qu'il choisit? (en disant, par ex. que une peine de prison est plus dissuasive qu'une sanction de travaux communautaires...)
- Est-ce que l'objectif de dissuasion peut empêcher l'objectif de réhabilitation?
- Est-ce que l'objectif de dissuasion peut empêcher une peine alternative en milieu ouvert dans le but de faciliter la réhabilitation?

11) Certains philosophes et juristes disent que l'objectif de dénonciation a un rapport avec le public et l'opinion publique. Comment voyez-vous cette question?

Relances, si nécessaires :

- Du point de vue du juge, est-ce que l'objectif de dénonciation est atteint quand il a exprimé clairement la désapprobation sociale de l'acte ou est-ce qu'il doit être attaché à un type spécifique de sanction?
- Est-ce que l'objectif de dénonciation peut se satisfaire de n'importe quelle sanction ou est-ce qu'il commande la peine d'emprisonnement selon vous?
- Est-ce que selon vous les peines non carcérales dénoncent de la même façon que les peines carcérales? Pourquoi?

12) Est-ce que, selon vous, le droit criminel voit une incompatibilité quelconque entre l'idée de punir un coupable à des fins de rétribution et l'idée même de droits de la personne?

13) Pour le juge qui doit prononcer une peine, est-ce que l'idée de privilégier l'objectif de dissuasion, de dénonciation ou de rétribution est un obstacle à choisir une peine moins sévère ou pour penser à la réhabilitation ou à la justice réparatrice?

14) Comment voyez-vous la relation entre la peine de mort et les droits de la personne?

15) Comment le droit criminel perçoit-il aujourd'hui les très longues peines d'incarcération, de 20 ou 25 ans?

- Lorsqu'on pense à ces peines pense-t-on aussi aux droits de la personne ou s'agit-il de choses complètement séparées selon vous?

16) Comment le droit criminel perçoit-il les sanctions non carcérales ou les alternatives à l'incarcération?

- Est-ce que selon vous ces peines sont plus respectueuses des droits de la personne que la peine de prison?

17) Et que pensez-vous des peines minimales? Sont-elles incompatibles avec les droits de la personne dans certains cas?

18) Est-ce que le principe de la modération/du dernier ressort a une importance quelconque dans la détermination de la peine?

Bloc III – Droits de la personne, droit criminel et possibilités de réforme

QUESTIONS RÉSIDUELLES

21) Quelle serait finalement, à votre avis, la fonction/les finalités du droit criminel? En d'autres termes, quels sont les services que le droit criminel peut rendre dans la société contemporaine?

22) Est-ce que selon vous, les droits de la personne peuvent apporter une contribution dans l'orientation d'une réforme du droit criminel et si oui, laquelle?

23) Certains observateurs indiquent que l'adoption de chartes de droits a eu comme impact de transformer le système pénal en un système plus «human rights friendly»(plus respectueux des droits de la personne); d'autres pensent que les chartes n'ont pas eu cet impact. Comment est-ce que vous vous positionnez par rapport à cela?

Merci beaucoup de votre collaboration.

ANNEXE B

LETTRE DE RECRUTEMENT

Objet : demande de participation à une recherche doctorale sur les droits de la personne et le droit criminel

Monsieur, Madame

Je m'appelle Margarida Garcia et je suis une étudiante de doctorat au Département de sociologie de l'Université du Québec à Montréal. Je suis aussi boursière de la Fondation Pierre Elliott Trudeau et assistante de recherche à la Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale. Mes directeurs de thèse sont le professeur Jules Duchastel (Ph.D., sociologie, UQAM), titulaire de la Chaire de recherche du Canada en Mondialisation, citoyenneté et démocratie et le professeur Alvaro Pires (Ph.D., criminologie, Université d'Ottawa), titulaire de la Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale.

Je poursuis en ce moment ma recherche doctorale, dont le titre est : «Droits de la personne et obstacles à l'innovation en droit criminel». En peu de mots, ma recherche porte sur la façon dont les droits de la personne ont été intégrés par le droit criminel. Pour ce faire, j'ai l'intention de réaliser des entrevues avec des juges ou des anciens juges et avec des procureurs de la Couronne. C'est en tant que professionnel du droit que je sollicite votre collaboration à ma recherche. Si vous acceptez, votre participation sera sujette aux principes d'éthique qui régulent la recherche en sciences sociales. Cela veut dire, entre autres, que les échanges qui me seront accordés, leur contenu ainsi que l'identité des participants sont protégés par les règles strictes qui s'appliquent dans le domaine de la recherche scientifique.

Je vous invite d'ailleurs à les consulter à la page <http://www.recherche.uqam.ca/ethique/ethique-humains.htm>.

La procédure et la nature de la participation

La participation à la recherche à l'aide de l'entrevue se fera sur une base individuelle, libre et volontaire. Je demanderai à chaque participant, au début de l'entrevue, l'autorisation d'effectuer un enregistrement sonore; une fois le consentement obtenu, j'utiliserai un magnétophone pour effectuer l'enregistrement. L'entrevue aura une durée approximative d'une heure et demie. En tout temps le participant pourra se retirer de l'étude librement ou simplement se refuser de répondre à certaines questions. Une copie de la bande magnétique de l'entrevue sera remise à l'interviewé, s'il le désire.

Les thèmes

Le contenu de l'entrevue sera structuré autour des thèmes suivants : le rapport entre le droit criminel et les droits de la personne; le lien entre les mesures alternatives à l'incarcération et les droits de la personne; la Charte des droits et le droit criminel; etc.

Ce serait un plaisir pour moi de pouvoir compter sur votre collaboration dans la réalisation de cette recherche. Si vous avez des questions concernant votre participation, ou besoin de renseignements supplémentaires n'hésitez pas à entrer en communication avec moi. Mes coordonnées sont les suivantes :

Adresse au Laboratoire de recherche de la Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale (Université d'Ottawa)

30 rue Stewart (308)

Ottawa, Ontario

K1N 6N5

Téléphones:

. au domicile: (613) 565-4788

. au centre de recherche: (613) 562-5800 poste: 2351

Courrier électronique : mgarcia@uottawa.ca

Veillez agréer, monsieur, madame, l'hommage de mon profond respect,

Margarida Garcia

ANNEXE C

LETTRE DE CONSENTEMENT

Droits de la personne et obstacles à l'innovation en droit criminel

**Projet de recherche doctorale menée par Margarida Garcia
Université du Québec à Montréal
(Sociologie)**

J'accepte d'apporter volontairement ma collaboration au projet de recherche intitulé *Droits de la personne et obstacles à l'innovation en droit criminel*, conduit par Mme Margarida Garcia, étudiante de doctorat du département de sociologie de l'université du Québec à Montréal. Ce projet est dirigé par les Professeurs Jules Duschastel (Ph.D, département de sociologie, UQAM) et Alvaro Pires (Ph.D, département de criminologie, université d'Ottawa). Je comprends que la recherche a pour objectif général de faire avancer les connaissances et, en particulier, de permettre de mieux comprendre les rapports que le droit criminel entretient avec les droits de la personne.

Je comprends que ma participation à ce projet comporte une entrevue d'environ une heure et demie qui, si j'accepte, sera enregistrée. Je sais que je peux demander en tout temps d'interrompre ou de suspendre l'enregistrement.

Toute question, critique ou plainte peut être adressée aux Professeurs Jules Duchastel (514-987-3000 poste 4386) ou/et Alvaro Pires (613-562-5800, poste 1865). Si ma plainte ne peut être réglée directement avec les directeurs de la recherche, je peux faire valoir mes droits par écrit auprès du Comité d'éthique de la recherche avec des être humains de l'université du Québec à Montréal (secrétariat : 514-987-3000, poste 7753).

J'accepte de participer à cette recherche sachant que je peux refuser d'aborder certaines questions et que je peux me retirer, en tout temps, sans préjudice et pour des motifs dont je serai le seul juge.

Il est convenu que les renseignements contenus dans l'entrevue pourront être utilisés pour des fins de recherche et de publications par les responsables de la recherche et que les assistants du Laboratoire de recherche de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale auront accès aux données recueillies, une fois que les entretiens aient été dépouillés des renseignements personnels pouvant conduire à mon identification. Je m'attends aussi à ce que la diffusion des résultats de cette recherche soit faite selon le respect de la confidentialité, sans jamais divulguer mon nom ou des renseignements personnels qui peuvent conduire à mon identification (un pseudonyme sera utilisé pour toute citation d'extraits de mon entrevue).

Mon retrait du projet impliquerait que les renseignements que j'ai fournis seraient alors détruits.

- J'accepte que l'entrevue soit enregistrée.
- Je n'accepte pas que l'entrevue soit enregistrée.

Signé à _____ en duplicata, ce _____.

(participante)

(chercheure)

Adresse : _____

Département : sociologie (UQAM)

Téléphone : _____

Téléphone : (613)562-5800 /2351)

ANNEXE D

CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS (ARTICLES 7, 9 ET 12)

Vie, liberté et sécurité

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

Détention ou emprisonnement

9. Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

Cruauté

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

ANNEXE E

ARTICLE 718 C.C.C. PRINCIPE DE LA DÉTERMINATION DE LA PEINE

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants :

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

718.1 La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant :

(i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique ou l'orientation sexuelle,

(ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son époux ou conjoint de fait ou de ses enfants,

(iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard,

(iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'un gang, ou en association avec lui;

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

BIBLIOGRAPHIE

- Ahlemeyer, H. W. (2001). « Management by complexity: redundancy and variety in organizations ». In Sociocybernetics, sous la dir. de F. Geyer et J. van der Zouwen, Westport (Connecticut), Greenwood Press, p. 59-72.
- Albarello, L. (2003). Apprendre à chercher. L'acteur social et la recherche scientifique. Bruxelles : De Boeck et Larcier.
- Allard, A. (1868). Historie de la justice criminelle au XVIe siècle. Gand, Paris, Leipzig : Alphonse Durr.
- Alves, J. A. G. (2000). «The Declaration of Human Rights in Postmodernity». Human Rights Quarterly, 22, p. 478-500.
- Amado, J. A. G. (1989). «Introduction à l'oeuvre de Niklas Luhmann». Droit et société, XI-XII, p. 15-52.
- Amado, J. A. G. (1993). «La société et le droit chez Luhmann». In Niklas Luhmann observateur du droit, sous la dir. de A.-J. Arnaud and P. Guibentif, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 103-145.
- Andrews, J. A. (ed.) (1982). Human rights and Criminal Procedure: a comparative study. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers.
- Andriantsembazovina, J., Gaudin, H., Mangueneaud, J.-P., Rials, S. et Sudre, F. (2008). «Avant-propos», In Dictionnaire de Droits de l'Homme, sous la dir. de J. Andriantsembazovina, H. Gaudin, J.-P. Manguéneaud, S. Rials, et F. Sudre. Paris : Quadrige, Presses Universitaires de France.
- Anleu, S. R. (1999). «Sociologists confront human rights: the problem of universalism». Journal of Sociology, vol. 35 (2): 198-212.
- Arnaud, A.-J. (1989). «Présentation». Droit et Société, 11, p. 5-13.
- Baccigalupo, A. (2001). Police et droits de l'homme. Droit pénal comparé Canada-France. Cowansville: Éditions Yvon-Blais.
- Bachelard, G. (1938). La formation de l'esprit scientifique. Paris, Vrim, 1975.

- Badinter, R. (1991). «Préface». In Des délits et des peines, C. Beccaria. Paris, Flammarion.
- Bailleux, A. et Van Meerbeeck, J. (2007). «Droits de l'homme, droit pénal et droit communautaire à Luxembourg. Enjeux, difficultés et paradoxes d'un ménage à trois», In Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?, sous la dir. de Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck, Belgique, Facultés Universitaires Saint-Louis, Éditions Bruylant, p. 111-174.
- Bal, P. (1994). «Discourse ethics and human rights in criminal procedure». Philosophy Social Criticism, vol. 20 (4): 71-99.
- Baratta, A. (1999). «Droits de l'homme et politique criminelle». Déviance et Société, vol. 23 (3): 239-257.
- Barbesino, P. et Salvaggio, S. A. (1996). «Niklas Luhmann en perspective»." Recherches Sociologiques 2, p.25-57.
- Barel, Y. (1983). «De la fermeture à l'ouverture, en passant par l'autonomie». In Colloque de Cerisy. L'auto-organisation: de la physique au politique., sous la dir. de P. Dumouchel and J. P. Dupuy. Paris, Seuil, p.466-475.
- Baril, M. (1988). «Les projets de lois et de politiques en matière de victimes d'actes criminels». Criminologie, XXI, 2, p. 103-111.
- Barrett, J. (2008). «Expanding Victims' Rights in the Charter Era and Beyond», In The Charter and Criminal Justice. Twenty Five Years Later., sous la dir. de J. Cameron et J. Stribopoulos. Markham, Ontario: Lexis Nexis Canada, p. 627-653.
- Bateson, G. (1972). Vers une écologie de l'esprit (trad. de l'américain par Ferial Drosso, Laurencine Lot et Eugène Simion). Paris : Éditions du Seuil, 1977.
- Beccaria, C. (1764). Des délits et des peines. Paris, Flammarion, 1991.
- Beck, U. et Willms, J. (2004). Conversations with Ulrich Beck. Cambridge: Polity Press.
- Becker, K. H. (2005). «Luhmann's Systems Theory and Theories of Social Practices» In Niklas Luhmann and Organization Studies, sous la dir. de D. Seidl and K. Heldge Becker. Copenhagen, Liber & Copenhagen Business School Press, p. 215-247.
- Becker, K. H. Et Seidl, D. (2007). «Different Kinds of Openings of Luhmann's Systems Theory: a Reply to la Cour et al.». Organization connexions, vol. 14 (6): 939-944.
- Bedau, H. (1974). «A World Without Punishment?», In Punishment and Human Rights, sous la dir. de M. Goldinger. Cambridge, Massachusetts: Schenkman Publishing Company, p. 141-161.

- Berman, H. J. (1983). Law and revolution. The Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge: Harvard University Press.
- Bernatchez, S. (2006). «Droit et justice constitutionnelle de Habermas à Luhmann». Canadian Journal of Law and Society, 21, p. 113-141.
- Bernier, D. (2008). Les mesures d'intégration des victimes dans la loi sur le système de justice pénale pour les adolescents. Vers un équilibre entre les droits des victimes et les droits des adolescents? Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval dans le cadre du programme de maîtrise en droit. Laval : Université Laval.
- Bottoms, A. (1995). «The philosophy and politics of punishment and sentencing», In The politics of sentencing reform, sous la dir. de C. Clarkson and R. Morgan. Oxford: Clarendon, p. 17-50.
- Boudon, R. (1990). L'art de se persuader des idées fausses, fragiles ou douteuses. Paris: Fayard.
- Bourdieu, P. (1973). «L'opinion publique n'existe pas», Les temps modernes, janv. 1973, p. 1292-1309.
- Bribosia, E. (2008). «Classification des droits de l'homme», In Dictionnaire des Droits de l'Homme, sous la dir. de J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials et F. Sudre. Paris : Presses universitaires de France, p. 159-164.
- Bricola, F. (1969). «Le pouvoir discrétionnaire du juge dans la détermination et l'application de la sanction pénale (nature et aspects constitutionnels)», In Le rôle du juge dans la détermination et l'application des peines. Rapport de la Commission d'études du Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale., sous la dir. de P. Nuvolone, F. Bricola, E. Liberati, G. Guadagno. Rome: Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, p. 21-51.
- Brodeur, J.-P. (1991b). «Quelques notes sur la réforme de la détermination de la peine au Canada». Criminologie, vol. 24 (1): 81-98.
- Brodeur, J.-P. (1991a). « Droit Pénal Politique (Commentaire) ». In La création de la loi et ses acteurs: l'exemple du droit pénal, sous la dir. de P. Robert. Oñati, The Oñati international institute for the sociology of law, p. 87-91.
- Brodeur, J.-P. et Landreville, P. (1979). Finalités du système de l'administration de la justice pénale et planification des politiques. Montréal: Université de Montréal.
- Campbell, T. (1986). «Introduction. Realizing human rights», In Human rights. From Rhetoric to Reality, sous la dir. de T. Campbell, D. Goldberg, S. McLean and T. Mullen. Oxford, New York: Basil Blackwell, p. 1-14.

- Campbell, T. (1999). «Human Rights: a Culture of Controversy». Journal of Law and Society, vol. 26 (1): 6-26.
- Canada. (1967). Compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes du Canada, vingt-septième législature (2^e session). Ottawa : Imprimeur de la Reine.
- Canada. (1988). Énoncé canadien de principes fondamentaux de justice. Ottawa : Imprimeur de la Reine.
- Canada. (2007). C'est le temps d'écouter. L'évolution des initiatives fédérales visant à appuyer les victimes d'actes criminels. Semaine Nationale de Sensibilisation aux Victimes d'Actes Criminels, du 22 au 28 avril 2007. Ottawa : Imprimeur de la Reine.
- Canadian News Facts (1969) « House approves Criminal Code bill ». Canadian News Facts, vol. 3 (9): 260.
- Carbonnier, J. (1972). Sociologie juridique. Paris, Armand Colin.
- Carrara, F. (1876). Programme du cours du droit criminel. Paris : Marescq Ainé, Librairie-Éditeur.
- Cartuyvels, Y. (1997). « Le droit pénal entre consolidation et codification absolutiste au XVIII^e siècle », In Le droit pénal dans tous ses états. Justice, États et Sociétés en Europe (XII^e – XX^e siècles), sous la dir. de X. Rousseau, R. Levy. Bruxelles, Facultés Universitaires de St. Louis, p. 251-278.
- Cartuyvels, Y. (2002). «Réformer ou supprimer : le dilemme des prisons» In L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la dir. de O. Schutter et D. Kaminski. Bruxelles : Bruylant, L.G.D.J., p. 113-132.
- Cartuyvels, Y. (2005). «Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation», In La responsabilité, face cachée des droits de l'homme., sous la dir. de H. Dumont, F. Ost, S. Van de Drooghenbroek. Bruxelles : Bruylant, p. 391-440.
- Cartuyvels, Y. (2007). «Droits de l'homme et droit pénal, un retournement?» In Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?, sous la dir. de Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck, Belgique, Facultés Universitaires Saint-Louis, Éditions Bruylant, p.23-44.
- Cartuyvels, Y., Van de Kerchove, M. et Van Drooghenbroeck, S. (2005). Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal? Texte de lancement du Séminaire Droit pénal et droits de l'homme, inédit, Facultés universitaires Saint-Louis.
- Cauchie, J.-F. (2009). Peines de travail. Justice pénale et innovation. Bruxelles: Larcier.
- Cellard, A. (1997). «L'analyse documentaire», In La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques. Sous la dir. de J. Poupart, J.-P. Deslauriers,

L.-H. Groulx, A. Laperrière, R. Mayer, A. P. Pires. Boucherville, Québec : Gaëtan Morin, p. 252-271.

- Cellard, A. et Pelletier, G. (1998). « Le Code criminel canadien 1892-1927 : Étude des acteurs sociaux ». The Canadian Historical Review, 79 (2): 262-298.
- Cellard, A. et Pelletier, G. (1999). « La construction de l'ordre pénal au Canada, 1892-1927: approches méthodologiques et acteurs sociaux ». Déviance et société, 23 (4): 367-393.
- Clam, J. (1997). Droit et société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes. Paris: Presses universitaires de France.
- Cohen, S. (1993). «Human rights and crimes of the state: the culture of denial». Australia and New Zealand Journal of Criminology, July, n. 26, p. 97-115.
- Commission de Réforme du Droit du Canada (1974). Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence. Document de travail no. 3. Ottawa : CRDC.
- Commission de Réforme du Droit du Canada (1987). Pour une nouvelle codification du droit pénal, Rapport no. 31. Ottawa : CRDC.
- Commission de Réforme du Droit du Canada (1988). Notre procédure pénale. Rapport no. 32. Ottawa : C.R.D.C.
- Commission du Droit du Canada (2003). Qu'est-ce qu'un crime. Des défis et des choix : document de discussion. Ottawa : Commission du droit du Canada.
- Couvrat, P. (1982). «Le récidivisme : ses diverses dimensions», In Le récidivisme. Rapports et communications du XXI^e Congrès de l'Association française de criminologie (Poitiers, 7-8-9 octobre). Paris : Presses universitaires de France, p. 13-24.
- Crozier, M. et Friedberg, E. (1977). L'acteur et le système. Sait-Amand : Éditions du Seuil.
- De Gouttes, R. (2000). «Droit pénal et droits de l'homme». Revue de science criminelle, (1), jan-mars, p. 133-144.
- Debuyst, C. (1982). « Analyse des aspects psycho-sociologiques », In Le récidivisme. Rapports et communications du XXI^e Congrès de l'Association française de criminologie (Poitiers, 7-8-9 octobre). Paris : Presses universitaires de France, p. 129-136.
- Delmas-Marty, M. (1982). «Les propositions de la commission de révision du Code pénal», In Le récidivisme. Rapports et communications du XXI^e Congrès de l'Association française de criminologie (Poitiers, 7-8-9 octobre). Paris : Presses universitaires de France, p.237-245.

- Delmas-Marty, M. (1986). Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme. Paris : Presses Universitaires de France.
- Delmas-Marty, M. (1992). Les grands systèmes de politique criminelle. Paris : Presses Universitaires de France.
- Delmas-Marty, M. (1997). «Le droit est-il universalisable?», In Une même éthique pour tous?, sous la dir. de J.-P. Changeaux. Paris : Éditions Odile Jacob, p. 139-156.
- Delmas-Marty, M. (1998). Trois défis pour un droit mondial. Paris : Seuil.
- Delmas-Marty, M. (2007a). «Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain?». Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, juillet-septembre, no. 3. Paris : Éditions Dalloz, p. 461-472.
- Delmas-Marty, M. (2007b). «Postface : d'un paradoxe à l'autre» In Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?, sous la dir. de Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck, Belgique, Facultés Universitaires Saint-Louis, Éditions Bruylant, p. 613-622.
- Delmas-Marty, M. (2007c). «Le droit est-il universalisable?», In Une même éthique pour tous?, sous la dir. de J.-P. Changeaux. Paris: Éditions Odile Jacob, p. 138-156
- Deslauriers, J-P., et Kérisit, M. (1997). « Le devis de recherche qualitative », In La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques, dans J. Poupart, J.-P. Deslauriers, L.-H. Groulx, A. Laperrière, R. Mayer, A. P. Pires. Montréal, Gaëtan Morin., p. 85-111.
- Diebolt, S. (2000). «La complexité comme paradigme pour concevoir une régulation juridique adéquate». Droit et Société, vol. 46, p.485-516.
- Drepper, T. (2005). «Organization and Society» In Niklas Luhmann and Organization Studies, sous la dir. de D. Seidl et K. Heldge Becker. Copenhagen, Liber & Copenhagen Business School Press, p. 171-190.
- Dubé, R. (2001). Une enquête exploratoire sur la rationalité coûts/bénéfices de la théorie de la dissuasion. Thèse de maîtrise, Ottawa, Université d'Ottawa.
- Dubé, R. (2008). Système de pensée et réforme du droit criminel: les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969), Thèse de doctorat, Université du Québec à Montréal, Québec, Canada.
- Duchastel, J. et Laberge, D. (1999). « Des interprétations locales aux interprétations globales : combler le hiatus », In Sociologie et normativité scientifique, sous la dir. de N. Ramognino et G. Houle. Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, p. 51-72.

- Dumont, H. (2006). «Le Canada n'est pas au bout de ses peines : une réforme condamnée à rouler comme la pierre de sisyphé», In Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof. Paris : Éditions Dalloz, p. 211-233.
- Dumont, H. et Hachez, I. (2007). «Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme : dans quelles limites?» In Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?, sous la dir. de Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck, Belgique, Facultés Universitaires Saint-Louis, Éditions Bruylant, p. 45-73.
- Durkheim, E. (1893). De la division du travail social. Paris: PUF, 1991.
- Durkheim, E. (1922). Éducation et sociologie. Paris: PUF, 1966.
- Edelman, B. (1992). «Universalité des droits de l'homme», In Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne (coll. «Les voies du droit»), sous la dir. de M. Delmas-Marty. Paris : Presses Universitaires de France, p. 153-167.
- Edwards, J. L. (1971). « Forward », In Sentencing as a Human Process, J. Hogarth. Toronto: University of Toronto Press.
- Emmerson, B., Ashwort, A. et Macdonald, A. (Eds) (2007). Human rights and criminal justice. London: Sweet and Maxwell.
- Feeley, M. et Simon, J. (1992). «The new penology : notes on the emerging strategy of corrections and its implications». Criminology, volume 30 (4): 449-471.
- Feher, F. et Heller, A. (1984). «From red to green». Telos, vol. 52, p. 35-44.
- Feinberg, J. (1981). «The Expressive Function of Punishment», In Sentencing, sous la dir. de A. Von Hirsch et H. Gross. New York: Oxford University Press, p. 23-36.
- Fortin, J. (1982). «La Commission de réforme du droit du Canada : un bilan succinct». Criminologie, vol. 15 (1) : 105-112.
- Foucault, M. (1969). L'archéologie du savoir. Paris, Gallimard.
- Foucault, M. (1975). Surveiller et punir: naissance de la prison. Paris, Gallimard.
- Foucault, M. (1984). Histoire de la sexualité. vol. 2. Usage des plaisirs. Paris: Gallimard.
- Fox, S. J. (1974). «The Reform of Juvenile Justice: The Child's Right to Punishment». Juvenile Justice, August, p. 2-9.
- Friedman, L. M. (1986). «Legal culture and the Welfare State», In Dilemmas of Law in the Welfare State, sous la dir. de G. Teubner. Firenze, Berlin and New York: Walter de Gruyter, p. 13-27.

- Froestad, J. et Shearing, C. (2007). «The Zwelethemba Model: Practicing human rights through dispute resolution.», In Crime and Human Rights. Sociology of Crime, Law and Deviance, sous la dir. de S. Parmentier et E. Weitekamp. Amsterdam: Elsevier, p. 193-214.
- Garcia, M. (2002). Le Code à la carte. Étude des demandes de modification des règles de procédure du Code criminel canadien, entre 1892 et 1927. Thèse de maîtrise, Ottawa, Université d'Ottawa.
- Garcia, M. (2007). « Innovation et obstacles à l'innovation : la réception des droits de la personne par le système de droit criminel ». Champ pénal/ Penal Field, [En ligne], mis en ligne le 20 mai 2007. URL : <http://champpenal.revues.org/document1192.html>.
- Garcia, M. (2008). «Les hésitations parlantes et la force paradoxale des droits de l'enfant face au droit criminel : la réaction sociétale aux châtements corporels et aux 'corrections raisonnables'», In Actes de la Conférence internationale «Droits de l'enfant» (Ottawa), sous la dir. de T. Collins, R. Grondin, V. Pinero, M. Pratte, M.-C. Roberge. Montréal, Wilson-LaFleur, p. 57-83.
- Garland, D. (2001). The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago: University of Chicago Press.
- Gauchet, M. (1979). De l'avènement de l'individu à la découverte de la société. Annales, vol. 34 (3) : 451-463.
- Gauchet, M. (2002). La démocratie contre elle-même. Paris : Gallimard.
- Glaser, B. G. et Strauss, A. L. (1967). The discovery of grounded theory: strategies for qualitative research. New York: Aldine Pub. Co.
- Goffman, E. (1974). Frame analysis : an essay on the organization of experience. New York : Harper & Row.
- Goldinger, M. (ed.). (1974). Punishment and Human Rights. Cambridge, Massachusetts: Schenkman Publishing Company.
- Goldstein, L. F. (2004). «From Democracy to Juristocracy». Law and Society Review, vol. 38 (3): 611-629.
- Gross, H. (1981). «The Personalized Sentence and Its Critics», In Sentencing, sous la dir. de A. Von Hirsch et H. Gross. New York: Oxford University Press, p. 43-51.
- Guibentif, P. (1993a). «Réflexions sur les effets du droit dans le domaine économique», In On complexity and Socio-legal studies : Some European Examples, sous la dir. de A.-J. Arnaud, V. Olgiati. Onati, ILS (Onati Proceedings 14), p. 104-133.

- Guibentif, P. (1993b). « Introduction ». In Niklas Luhmann observateur du droit, sous la dir. de A.-J. Arnaud et P. Guibentif. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 11-49.
- Haan, W. (1990). The politics of redress: crime, punishment, and penal abolition. London, Boston: Unwin Hyman.
- Hacket, D. (1996). « Finding and following 'The road less travelled': Judicial neutrality and the protection and enforcement of equality rights in criminal trial courts' », In Human rights in the 21st century: prospects, institutions and processes, sous la dir. de T. Cromwell, D. Pinard, et H. Dumond. Montréal: Éditions Thémis.
- Hannah-Moffat, K. (2005). « Criminogenic needs and the transformative risk subject ». Punishment & Society, vol. 7 (1): 29-51.
- Hart, H. L. A. (1981). « Prolegomenon to the Principles of Punishment », In Sentencing, sous la dir. de A. Von Hirsch et H. Gross. New York: Oxford University Press, p. 3-22.
- Hausegger, L. et Haynie, S. (2003). « Judicial Decisionmaking and the Use of Panels in the Canadian Supreme Court and the South African Appellate Division ». Law and Society Review, vol. 37 (3): 635-657.
- Hiebert, J. L. (2002). Charter Conflicts. What is Parliament's role? Montréal & Kingston: McGill-Queen's University Press.
- Hirschl, R. (2004). Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press.
- Hogarth, J. (1971). Sentencing as a Human Process. Toronto: University of Toronto Press.
- Holmström, S. (2005). « Reframing public relations: The evolution of a reflective paradigm for organizational legitimization ». Public Relations Review, 31, p. 497-504.
- Horeau, J. et Texier, P. (2008). « Révolution française », In Dictionnaire des Droits de l'Homme, sous la dir. de J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials et F. Sudre. Paris: Presses universitaires de France, p. 860-863.
- Hughes, P. (2001). « Judicial Independence-Contemporary Issues and Appropriate Responses ». The Canadian Bar Review, vol. 80, p. 181-208.
- Izuzquiza, I. (1990). « Niklas Luhmann ou la société sans hommes ». Cahiers internationaux de sociologie, vol. 89, p. 377-387.
- Kaminsky, D. (2007). « L'éthique du réductionnisme et les solutions de rechange », Criminologie, vol. 40 (2): 89-101.
- Kant, E. (1797). Critique de la raison pure. Paris : Presses Universitaires de France.

- Kauffman, J.-C. (2004). L'invention de soi. Une théorie de l'identité. Paris : Armand Colin.
- Kellens, G. (1981). «La problématique de la réforme», In Dangerosité et Justice pénale. Ambiguïté d'une pratique, sous la dir. de C. Debuyst et F. Tulkens. Genève : Masson, Médecine et Hygiène, p. 319-324.
- Kennedy, D. (2004). The dark side of virtue: reassessing international humanitarianism. Princeton, Oxford: Princeton University Press.
- Lachambre, S. (2005). La participation des mouvements sociaux dans le système pénal : l'affaire Latimer. Thèse de maîtrise, Département de Criminologie, Université d'Ottawa.
- Lachambre, S. (2008). À propos de la théorie de la dénonciation en droit criminel, travail de doctorat inédit, Laboratoire de la CRC en Traditions juridiques et rationalité pénale, Université d'Ottawa.
- Lafer, C. (2006). A reconstrução dos direitos humanos. Um dialogo com o pensamento de Hannah Arendt. Sao Paulo: Companhia das Letras.
- Lalande, P. (2007). « Des solutions de rechange à l'incarcération : pour un peu plus de modération, d'équité et d'humanité », Criminologie, vol. 40 (2): 67-87.
- Lalande, P. et Lamalice, O. (2006). La sévérité pénale à l'heure du populisme. Sainte-Foy : Ministère de la Sécurité public du Québec.
- Lambert, E. (1921). Le gouvernement des juges. Paris: Dalloz, 2005.
- Larochelle, J. (1988). «Les sentences minimales et la Charte canadienne des droits et libertés», In Nouveaux développements en droit criminel découlant de la Charte canadienne des droits et libertés : [conférences / prononcées par François Chevette et al.]. Cowansville, Québec: Editions Yvon Blais, p. 223-264.
- Lascoumes, P., Poncela, P. et Lenoël, P. (1989). Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal. Paris : Hachette.
- Lee, D. (2000). « The Society of Society : The Grand Finale of Niklas Luhmann ». Sociological Theory, vol. 8 (2) : 320-330.
- Legeais, R. (1990). «Pourquoi ne parvient-on pas à supprimer la prison», Pouvoir (Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques), n. 55, p. 123-132.
- Lewis, C. S. (1953). «The Humanitarian Theory of Punishment». Res Judicatae, 6, p. 224-230.

- Lochak, D. (1984). «Mutation des droits de l'homme et mutation du droit». Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 13, p. 55.
- Lochak, D. (2005). Les droits de l'homme. Collection Repères. Paris : La découverte.
- Lopez, G., Portelli, S. et Clément, S. (2008). Les droits des victimes. Paris : Dalloz.
- Luhmann, N. (1984). Social Systems. Stanford (California), Stanford University Press, 1995.
- Luhmann, N. (1986). «The self-reproduction of law and its limits» In Dilemmas of Law in the Welfare State, sous la dir. de G. Teubner. Firenze, Berlin and New York: Walter de Gruyter, p. 111-127.
- Luhmann, N. (1988a). «Cognition as construction», In Luhmann Explained. From Souls to Systems, de H-G Moeller. Chicago: Open Court, p. 241-260, 2006.
- Luhmann, N. (1988b). «Closure and Openness : On the Reality in the World of Law ». In Dilemmas of Law in the Welfare State, sous la dir. de G. Teubner. Firenze, Berlin and New York: Walter de Gruyter, p.335-348.
- Luhmann, N. (1989a). « Le droit comme système social ». Droit et Société, vol. 11, no. 12, p. 53-67.
- Luhmann, N. (1989b). Ecological communication. Chicago : University of Chicago Press.
- Luhmann, N. (1990a). Political theory in the Welfare State. Translated and introduced by John Bednarz Jr. Berlin. New York: Walter de Gruyter.
- Luhmann, N. (1990b). Amour comme passion : de la codification de l'intimité, Paris, Éditions Aubier.
- Luhmann, N. (1993). Law as a social system. Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Luhmann, N. (1995). Art as a social system, Translated by Eva Knodt, Stanford: Stanford University Press, 2000.
- Luhmann, N. (1996). « *Quod Omnes Tangit* : Remarks on Jürgen Habermas's Legal Theory ». Cardozo Law Review, vol. 17, p. 883-900.
- Luhmann, N. (1999). Politique et complexité. Paris, Éditions du Cerf.
- Luhmann, N. (2000). « Why Does Society Describe Itself as Postmodern », In Observing complexity, sous la dir. de W. Rasch et C. Wolfe. Minneapolis : University of Minnesota Press, p. 35-47.
- Luhmann, N. (2001a). Légitimation par la procédure. Montréal, Les Presses de l'Université Laval.

- Luhmann, N. (2001b). «L'opinion publique». Polix. Revue des sciences sociales du politique, vol. 14, no, 55, p. 25-59.
- Luhmann, N. (2002). «What is communication?», In Redescribing the descriptions of modernity, sous la dir. de W. Rasch. Stanford: Stanford University Press, p. 155-168.
- Luhmann, N. (2005). «The paradox of decision making», n Niklas Luhmann and Organization Studies, sous la dir. de D. Seidl et K. Heldge Becker. Copenhagen, Liber & Copenhagen Business School Press, p. 85-106.
- Maher, G. (1986). « Human rights and the criminal process », In Human rights: from rhetoric to reality, sous la dir. de T. Campbell, D. Goldberg, S. McLean, et T. Mullen. Oxford, New York: Basil Blackwell, p. 197-222.
- Maitre, J. (1975). « Sociologie de l'idéologie et entretien non directif ». Revue française de sociologie, XVI, p. 248-256.
- Mandel, M. (1994). The Charter of Rights and Freedoms and the Legalization of Politics in Canada. Toronto: Thompson Educational.
- Maroy, C. (1995). «L'analyse qualitative d'entretiens», In Pratiques et méthodes de recherche en sciences sociales, sous la dir. de F. Albarello, F. Digneffe, J.P. Hiernaux, C. Maroy, D. Ruquoy, P. de Saint-Georges. Paris: Armand Colin, p. 83-110.
- Martin, D. (1996). «Rising Expectations: Slippery Slope or New Horizon? The Constitutionalization of Criminal Trials in Canada», In The Charter's Impact on the Criminal Justice System, sous la dir. de J. Cameron. Scarborough, Ontario: Carswell, p. 87-121.
- Martuccelli, D. (2002). Grammaires de l'individu. Paris : Gallimard.
- Marx, K. (1844). La Question Juive. Paris : Union générale d'éditions, 1968.
- Mattews, R. (2005). «The myth of punitiveness». Theoretical criminology, volume 9 (2): 175-201.
- McAra, L. (2005). «Modelling Penal Transformation». Punishment and Society Vol. 7 (3): 277-302.
- Mead, G. (1918). «The psychology of punitive justice ». The American journal of sociology, vol. 23 (5): 577-602.
- Melossi, D. (1992). «L'hégémonie et les vocabulaires de la vocation punitive : la gestion discursive des crises sociales». Criminologie, vol. 25 (2): 93-114.
- Melossi, D. (2000). « Changing Representations of the Criminal », British Journal of Criminology, 40: 296-320.

- Miller, M. (1994). «Intersystemic Discourse and Co-Ordinated Dissent: A Critique of Luhmann's Concept of Ecological Communication». Theory Culture Society, 11, p. 101-121.
- Miller, W. B. (1973). « Ideology and Criminal Justice Policy: Some Current Issues ». The Journal of Criminal Law and Criminology, vol. 64 (2): 141-162.
- Mills, W. (1940). « Situated action and vocabularies of motive », American Sociological Review, Vol. 5 (6): 904-913.
- Moderne, F. (2005). «Préface», In Le gouvernement des juges, E. Lambert. Paris : Dalloz, p. VII-XIX.
- Moeller, H-G. (2006). Luhmann explained: from souls to systems. Série Ideas Explained, vol. 3, Chicago: Open Court.
- Morgan, G. (1999). Images de l'organisation (traduction de la 2^e édition américaine par Solange Chevrier-Vouvé et Michel Audet). Québec : Les presses de l'université Laval.
- Morin, E. (1990). Introduction à la pensée complexe. Issy-les-Moulineaux: ESF éditeur.
- Morris, H. (1981). «Persons and punishment», In Sentencing, sous la dir. de A. Von Hirsch et H. Gross. New York: Oxford University Press, p. 93-109.
- Morris, N. (1981). «Punishment, Desert and Rehabilitation», In Sentencing, sous la dir. de A. Von Hirsch et H. Gross. New York: Oxford University Press, p. 257-271.
- Murphy, J. G. (1981). «Marxism and Retribution», In Sentencing, sous la dir. de A. Von Hirsch et H. Gross. New York: Oxford University Press, p. 284-301.
- Ndayizigiye, T. (1997). Réexamen éthique des droits de l'homme sous l'éclairage de la pensée d'Emmanuel Levinas. Frankfurt an Main, New York : P. Lang.
- Neves, M. (2007). «The symbolic force of human rights». Philosophy & Social Criticism, vol. 33 (4): 411-444.
- Niosi, J. (2002). «National systems innovations are "x-efficient" (and x-effective). Why some are slow learners. » Research Policy 31: 291-302.
- Nobles, R. et Schiff, D. (2004). « Introduction ». Law as a social system. N. Luhmann. Oxford, Oxford University Press, p.1-52.
- Noreau, P. (2004). « L'innovation sociale et le droit. Est-ce bien compatible? ». In Le développement social au rythme de l'innovation, sous la dir. du Fonds québécois de la recherche sur la société et la culture, Actes de colloque, p.73-108.

- Noreau, P. et Roberge, C. (2006). «Émergence de principes généraux en matière de déontologie judiciaire: éléments d'une théorie générale». La Revue du Barreau Canadian, vol 87, p. 457-499.
- Nussbaum M. (1993). «Equity and Mercy», Philosophy and Public Affairs, vol. 22 (2): 83-125.
- Ortolan, M. (1843). «Sur le droit pénal en Europe». Revue de législation et de jurisprudence, Tomme XVII, janvier-juin, p. 121-130.
- Ost, F. (2007). «Quand l'enfer se pave de bonnes intentions...A propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme», In Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?, sous la dir. de Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck, Belgique, Facultés Universitaires Saint-Louis, Éditions Bruylant, p.7-21.
- Packer, H. L. (1968). The Limits of the Criminal Sanction. Stanford: Stanford University Press
- Palazzo, F. (2003). «Constitutionnalisme en droit pénal et droits fondamentaux (avec une référence particulière à l'Italie)». Revue de science criminelle et de droit pénal comparé. Paris : Éditions Dalloz, p. 709-720.
- Parent, C et Digneffe, F. (1994). « Ethique féministe et intervention pénale », Carrefour, 16 (2): 90-103.
- Parker, G. (1933). An introduction to criminal law. Toronto: Methuen.
- Parmentier, S. et Weitekamp, E. (2007). «Introduction : On the Double Relationship of Crime and Human Rights», In Crime and Human Rights. Sociology of Crime, Law and Deviance, sous la dir. de S. Parmentier et E. Weitekamp. Amsterdam: Elsevier, p. 1-8.
- Peces-Barba Martinez, G. (2004). Théorie générale des droits fondamentaux. Collection Droit et Société, vol. 38, L.G.D.J, Paris: Maison des Sciences de l'Homme.
- Perelman, C. (1984). «Essai de synthèse», In Les notions à contenu variable en droit, sous la dir. de C. Perelman et R. Vander Elst. Bruxelles : Établissements Émile Bruylant, p. 363- 374.
- Pires, A. P. (1987a). « La réforme pénale au Canada: L'apport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine ». Criminologie, vol. 20 (2) : 11-55.
- Pires, A. P. (1987b), « Deux thèses erronées sur les lettres et les chiffres », Cahiers de recherche sociologique, 5 (2) : 87-106.

- Pires, A. P. (1990), « Le devoir de punir: Le rétributivisme face aux sanctions communautaires », Revue canadienne de criminologie (numéro spécial sur la détermination de la peine), 32 (3) : 441-460.
- Pires, A. P. (1991). « Loi de procédure – Commentaire » In La création de la loi et ses acteurs. L'exemple du droit pénal, Robert, Ph., (Ed.), Onati Proceedings.
- Pires, A. P. (1991a). « Éthiques et réforme du droit criminel: Au-delà des philosophies de la peine », Ethica, vol. 3, no. 2, p.47-78.
- Pires, A. P. (1991b), « La réforme pénale et la réciprocité des droits », Criminologie (Montréal), 24, (1), p. 77-104.
- Pires, A. P. (1995a). « Quelques obstacles à une mutation du droit pénal ». Revue générale de droit, 26 : 133-154.
- Pires, A. P. (1995b), « Le sens du problème et le sens de l'approche : pour une nouvelle conception du travail méthodologique », Revue de l'Association pour la recherche qualitative, 13, p. 55-87.
- Pires, A. P. (1997). « Échantillonnage et recherche qualitative : essai théorique et méthodologique », In La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques, dans J. Poupert, J.-P. Deslauriers, L.-H. Groulx, A. Laperrière, R. Mayer, A. P. Pires. Montréal, Gaëtan Morin., p. 113-169.
- Pires, A. P. (1998a). « Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne ». In Histoire des savoirs sur le crime & la peine 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, sous la dir. de C. Debuyst, F. Digneffe, et A. P. Pires. Bruxelles, De Boeck Université, Presses de l'Université de Montréal et Presses de l'Université d'Ottawa, p.1-52.
- Pires, A. P. (1998b), « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne », In Histoire des savoirs sur le crime & la peine 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, sous la dir. de C. Debuyst, F. Digneffe, et A. P. Pires. Bruxelles, De Boeck Université, Presses de l'Université de Montréal et Presses de l'Université d'Ottawa, p. 83-144.
- Pires, A. P. (1998c), « Kant face à la justice criminelle », In Histoire des savoirs sur le crime & la peine 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, sous la dir. de C. Debuyst, F. Digneffe, et A. P. Pires. Bruxelles, De Boeck Université, Presses de l'Université de Montréal et Presses de l'Université d'Ottawa, p. 145-206.
- Pires, A. P. (1998d), « Un noeud gordien autour du droit de punir », In Histoire des savoirs sur le crime & la peine 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, sous la dir. de C. Debuyst, F. Digneffe, et A. P. Pires. Bruxelles, De Boeck Université, Presses de l'Université de Montréal et Presses de l'Université d'Ottawa, p. 207-220.

- Pires, A. P. (2001a). « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique ». Sociologie et sociétés, vol. XXXIII, n. 1, p. 179-204.
- Pires, A. P. (2001b). « La "ligne Maginot" en droit criminel : la protection contre le crime versus la protection contre le prince ». Revue de droit pénal et de criminologie, vol. 81 (2) : 145-170.
- Pires, A. P. (2001c). « Une typologie des normes pénales ». Document de travail inédit, CRC en Bijuridisme et Justice pénale, Université d'Ottawa.
- Pires, A. P. (2002). « Codifications et réformes pénales », In Crime et sécurité. L'état des savoirs, sous la dir. de L. Mucchielli et Ph. Robert. Paris : La découverte, p. 84-92.
- Pires, A. P. (2004a). « La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux? », In Sociologie pénale : système et expérience. Pour Claude Faugeron, sous la dir. de D. Kaminski et M. Kokoreff. Éditions Érès : p. 173-198.
- Pires, A. P. (2004b). « Racionalidade penal moderna, o publico e os direitos humanos na modernidade tardia ». Novos Estudos (CEBRAP), 68, p. 39-60.
- Pires, A. P. (2006a). « Tomber dans un piège ? Responsabilisation et justice des mineurs », In La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale, sous la dir. de F. Digneffe et T. Moreau. Bruxelles, De Boeck Université, p. 121-145.
- Pires, A. P. (2006b). Questions et réponses sur la rationalité pénale moderne. Document de travail non publié, Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale, Université d'Ottawa.
- Pires, A. P. (2007). « Une "utopie juridique" et politique pour le droit criminel moderne? ». Criminologie, vol. 40 (2) : 9-18.
- Pires, A. P. (2008a). La théorie de la peine portant sur la "réhabilitation" : inclusion ou exclusion sociale ? Document de travail non publié, Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale, Université d'Ottawa.
- Pires, A. P. (2008b). Introduction aux théories de la peine. Résumé du cours CRM 6760 (Philosophie pénale), hiver 2008. Document non publié, Département de Criminologie, Université d'Ottawa.
- Pires, A. P. (2008c). Nouvelles questions et réponses sur la rationalité pénale moderne. Document de travail non publié, Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale, Université d'Ottawa.
- Pires, A. P. (2008d). Séminaire. CRM 6760 (Philosophie pénale), hiver 2008, Document non publié, Département de Criminologie, Université d'Ottawa.

- Pires, A. P. (2009). «Réflexions théoriques et méthodologiques sur le transfert de valeurs : le cas du droit criminel», In Transferts : explorations d'un champ conceptuel, sous la dir. de N. Goyer, P. Gin P, et W. Moser. Ottawa : Presses de l'Université d'Ottawa, à paraître.
- Pires, A. P. et Acosta, F. (1994). «Les mouches et la bouteille à mouches : utilitarisme et rétributivisme classiques devant la question pénale ». Carrefour, vol. XVI, n. 2, p. 8-39.
- Pires, A. P. et Cauchie, J-F. (2007). « Un cas d'innovation "accidentelle" en matière de peines : une loi brésilienne sur les drogues », Champ pénal/ Penal Field, [En ligne], mis en ligne le 21 juin 2007. URL : <http://champpenal.revues.org/document1541.html>.
- Pires, A. P. et Garcia, M. (2007). « Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort », In Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?, sous la dir. de Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck, Belgique, Facultés Universitaires Saint-Louis, Éditions Bruylant, p.291-336.
- Pires, A. P., Cellard, A. et Pelletier, G. (2001). « L'énigme des demandes de modifications législatives au Code criminel canadien ». In Régulation et gouvernance. Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique, sous la dir. de P. Fraile, Barcelone, Publicacions Universitat de Barcelona, p. 195-217.
- Pistor (1835). «Esquisse historique des théories allemandes sur le fondement légal et le but de la punition». Revue de législation et jurisprudence, tome 2^{ème}, avril-septembre, p. 420-428.
- Poncela, P. (2007). «La logique modale de la peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», In Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?, sous la dir. de Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck, Belgique, Facultés Universitaires Saint-Louis, Éditions Bruylant, p. 363-376.
- Possas, M. T. (2009). Système d'idées et création de lois criminelles : le cas de la loi contre la torture au Brésil. Thèse de Doctorat, Département de Criminologie, Université d'Ottawa.
- Pourtois, H. (1993). «Le système juridique comme système social. Le débat Habermas-Luhmann». Recherches sociologiques, 24, 1-2, p. 5-24.
- Pradel, J. (1989). Histoires des doctrines pénales. Paris, Presses universitaires de France.
- Pratt, J. (2006). Penal populism. London : Routledge.

- Pratt, J. (2008). «When penal populism stops : Legitimacy, scandal and the power to punish in New Zealand », Australian and New Zealand Journal of Criminology, vol 41 (3): 364-383.
- Pronzini, C. (2008). «Niklas Luhmann as an Empirical Sociologist: Methodological Implications of the System Theory of Society ». Cybernetics & Human Knowing, vol. 15, no.2, p. 9-31.
- Raaflaub, W. R. (2006). «Les peines minimales obligatoires». En Bref. Service d'information et de recherche parlementaires. Bibliothèque du Parlement [PRB 05-53F].
- Rabault, H. (1999). «L'apport épistémologique de la pensée de Niklas Luhmann : un crépuscule pour l'*Aufklärung*? ». Droit et Société, 42/43 : p. 449-465.
- Rapport Ouimet. (1969). Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. Justice pénale et correction : un lien à forger, Canada, Imprimeur de la reine
- Rasch, W. (2002). «Introduction: The Self-Positing Society», In Theories of Distinction. Redescribing the Descriptions of Modernity, N. Luhmann. Stanford, California: Stanford University Press, p. 1-30.
- Rico, J. M. (1968). «L'indemnisation des victimes d'actes criminels : Étude comparative. Acta Criminologica, vol. 1, no. 1, p. 261-311.
- Ricoeur, P. (1969). Le conflit des interprétations. Essais d'herméneutique. Paris : Éditions du Seuil.
- Rivero, J. (1980). «Les droits de l'homme : Droits individuels ou droits collectifs?» In Les droits de l'homme – droits collectifs ou droits individuels (Actes du Colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979). Paris : LGDJ, p. 17-25.
- Rivero, J. (1982). «Vers de nouveaux droits de l'homme». Revue des Sciences morales et politiques, no. 4, p. 673-686.
- Roach, K. (1999). Due process and victims' rights: the new law and politics of criminal justice. Toronto: University of Toronto Press.
- Roach, K. (2001). The Supreme Court on Trial : judicial activism or the democratic dialogue. Toronto : Irwin Law.
- Roach, K. (2008). «A Charter Reality Check: How Relevant Is the Charter to the Justness of Our Criminal Justice System?», In The Charter and Criminal Justice. Twenty Five Years Later, sous la dir. de J. Cameron et J. Stribopoulos. Markham, Ontario: Lexis Nexis Canada, p. 717-759.

- Robert, P. (1982). «Allocution d'ouverture» In Le récidivisme. Rapports et communications du XXI^e Congrès de l'Association française de criminologie (Poitiers, 7-8-9 octobre). Paris : Presses universitaires de France, p. 9-10.
- Robert, P. (1999). Le citoyen, le crime et l'État. Paris: Droz.
- Robert, P., Soubiran-Paillet, F., et Van De Kerchove, M. (eds.). (1997). Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières. Paris: Harmattan, 2 vol.
- Roberts, J. (2001). «Évolution et conséquence de la réforme de la sentence au Canada». Sociologie et sociétés, 33(1): 67-83.
- Roberts, J. (2008a). Punishing persistent offenders: exploring community and offender perspectives. Oxford: Oxford University Press.
- Roberts, J. (2008b). «Sentencing policy and practice: the evolving role of public opinion». In Penal populism, sentencing councils and sentencing policy, sous la dir. de A. Freiberg et K. Gelb. Annandale: Hawkins Press, p. 15-30.
- Roberts, J., Stalans, J. P, Indermaur, D., et Hough, M. (2003). Penal Populism and Public Opinion Lessons from Five Countries. New York: Oxford University Press.
- Rocher, G. (1988). « Pour une sociologie des ordres juridiques ». Les cahiers de Droit, vol. 29, no 1, mars, p. 91-120.
- Rocher, G. (1997). « Réflexion théorique et études empiriques aux frontières de l'internormativité », In Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières, Tome I, sous la dir. de Ph. Robert, F. Soubiran-Paillet et M. Van de Kerchove. Paris, L'Harmattan, p. 95-114.
- Rosett, A. et Cressey, D. R. (1981). « Acquiescence and Severity ». In Sentencing, sous la dir. de A. Von Hirsch et H. Gross. New York: Oxford University Press, p. 386-397.
- Rothman, D. J. (1981). «Doing Time : Days, Months and Years in the Criminal Justice System», In Sentencing, sous la dir. de A. Von Hirsch et H. Gross. New York: Oxford University Press, p. 374-385.
- Rotman, E. (1990). Beyond Punishment: A new view on the rehabilitation of criminal offenders. New York, Greenwood Press.
- Ruquoy, D. (1995). «Situation d'entretien et stratégie de l'interviewer» In F. Albarello, F. Digneffe, J.P. Hiernaux, C. Maroy, D. Ruquoy, P. de Saint-Georges Pratiques et méthodes de recherche en sciences sociales. Paris: Armand Colin, p. 59-82.
- Ryan, M. (2007). «Penal populism, John Pratt (book review)». Punishment & Society vol. 9, no. 4: p. 437-439.

- Rychlak, R. J. (1990). « Society's moral right to punish : a further exploration of the denunciation theory of punishment », Tulane law review, 65, p. 299 - 338
- Salas, D. (1992). « Résumé. Chap. premier, Le temps des réformes en Europe », In Procès pénal et droits de l'homme, sous la dir. de M. Delmas-Marty. Paris : Presses Universitaires de France, p.31-32.
- Salas, D. (2005). La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal. Paris, Hachette Littératures.
- Salas, D. et Mingasson, L. (2005). «Une transformation de l'économie pénale. Le poids de l'opinion publique et des médias». *Caisse nationale d'Allocations familiales. Informations sociales*, 2005/7, n. 127, pp. 12-20.
- Sauvageau, J. (1998). Les discours parlementaires sur la peine de mort. Essai de criminologie réflexive du passage à l'acte législatif. Thèse de doctorat, Louvain-la-Neuve : Université Catholique de Louvain.
- Schabas, W. (2002). «Droit pénal international et droit international des droits de l'homme : faux frères?», In Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation, sous la dir. de M. Henzelin et R. Roth. Paris, Bruxelles : L.G.D.J, Bruylant, p. 165-181.
- Schnapper, B. (1982). «La récidive, une obsession créatrice au XIXe siècle», In Le récidivisme. Rapports et communications du XXIe Congrès de l'Association française de criminologie (Poitiers, 7-8-9 octobre). Paris : Presses universitaires de France, p. 25-64.
- Seidl, D. (2003). «Organisational identity in Luhmann's theory of social systems», In Autopoietic organization theory, sous la dir. de T. Bakken et T. Hernes. Abstrakt, Liber, Copenhagen Business School Press, p. 123-149.
- Seidl, D. (2005a). « The Basic Concepts of Luhmann's Theory of Social Systems ». In Niklas Luhmann and Organization Studies, sous la dir. de D. Seidl and K. Heldge Becker. Copenhagen, Liber & Copenhagen Business School Press, p. 21-53.
- Seidl, D. (2005b). «Glossary to Niklas Luhmann's Terminology», In Niklas Luhmann and Organization Studies, sous la dir. de D. Seidl and K. Heldge Becker. Copenhagen, Liber & Copenhagen Business School Press, p. 405-410.
- Sen, A. (2004). «Elements of a theory of human rights ». Texte inédit basé sur une conférence «Why invent human rights ?» donnée à Oxford le 14 novembre 2002.
- Simon, M. (1985). Les droits de l'homme. Guide d'informations et de réflexion. Lyon : Chronique Sociale.

- Skelton, A. (2007). «Restorative Justice and Human Rights», In Crime and Human Rights. Sociology of Crime, Law and Deviance, sous la dir. de S. Parmentier et E. Weitekamp. Amsterdam: Elsevier, p. 171-191.
- Snacken, S. (2001). «Justice et société : une justice vitrine en réponse à une société en émoi». Sociologie et sociétés, vol 33 (1): 107-137.
- Snider, L (1998). «Understanding the second confinement», Queen's Quarterly 1005/1 (Spring), p. 29-46.
- Sosoe, L. (2001). «Préface», In Légitimation par la procédure, N. Luhmann. Montréal, Les Presses de l'Université Laval, p. XIII-XLII.
- Stammers, N. (1993). «Human rights and power», Political Studies (1993), XLI, p. 70-82.
- Stammers, N. (1995). «A critique of social approaches to human rights », Human rights quarterly, 17 (3): 488-508.
- Stammers, N. (1999) «Social movements and the social construction of human rights», Human Rights Quarterly, 21 (4): 980-1008.
- Stoetzel, J. (1998). «Sondages d'opinion». Dictionnaire de la Sociologie. Paris : Albin Michel, p. 588-599.
- Tata, C. (2007). «Sentencing as Craftwork and the Binary Epistemologies of the Discretionary Decision Process». Social and Legal Studies, vol. 16 (3): 425-447.
- Teubner, G. (1989a). «How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law». Law & Society Review, volume 23 (5): 727-757.
- Teubner, G. (1989b). Le droit: un système autopoïétique. Paris : Presses Universitaires de France.
- Teubner, G. (1996). Droit et réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation. Paris: L.G.D.J.; Bruxelles: Bruylant.
- Tulkens, F. (1992). «La procédure pénale: grandes lignes de comparaison entre systèmes nationaux», In Procès pénal et droits de l'homme, sous la dir. de M. Delmas-Marty. Paris : Presses Universitaires de France, p. 33-46.
- Tulkens, F. (2002). «Droits de l'homme et prison. Jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », In L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la dir. de O. de Schutter et D. Kaminski. Bruxelles, Paris : Bruylant, LGDJ, p. 249-285.
- Turner, B. (1993). «Outline of a theory of human rights». Sociology, 27 (3): 489-512.

- Turner, B. (2002). «The problem of cultural relativism for the sociology of human rights: Weber, Schmitt and Strauss». Journal of Human Rights, vol. 1 (4): 587-605.
- Turner, J. (1971). «Law for the Seventies : A manifesto for Law Reform ». McGill Law Journal, vol. 17 (1): 1-10.
- Van De Kerchove, M. (1981). «Culpabilité et dangerosité. Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité», In Dangerosité et Justice pénale. Ambiguïté d'une pratique, sous la dir. de C. Debuyst et F. Tulkens. Genève : Masson, Médecine et Hygiène, p. 291-309.
- Van De Kerchove, M. (2007). «Les caractères et les fonctions de la peine, nœud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme» In Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?, sous la dir. de Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck, Belgique, Facultés Universitaires Saint-Louis, Éditions Bruylant, p.337-361.
- Van Drooghenbroeck, S. (2007). «Droit pénal et droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme», In Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?, sous la dir. de Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck, Belgique, Facultés Universitaires Saint-Louis, Éditions Bruylant, p. 75-109.
- Vanhamme, F. et Beyens, K. (2007). «La recherche en sentencing : un survol contextualisé. » Déviance et Société, 31 (2) : 199-228.
- Verschraegen, G. (2002). «Human Rights and Modern Society : a Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory», Journal Of Law And Society, 29 (2): 258-281.
- Verschraegen, G. (2006). «Systems Theory and the Paradox of Human Rights», In Luhmann on Law and Politics, M. King et C. Thornhill. Oxford, Portland Oregon: Hart Publishing, p. 101-125.
- Villey, M. (1983). Le droit et les droits de l'homme. Paris : PUF.
- Wacquant, L. (1999). Les prisons de la misère. Paris: Éditions Raisons d'agir.
- Wacquant, L. (2001). «Moralisme et panoptisme punitif», Sociologie et Sociétés, vol. 33 (1): 139-157.
- Wilson, J. Q. (1981). « From : thinking about crime », In Sentencing, sous la dir. de A. Von Hirsch et H. Gross. New York: Oxford University Press, p. 213-227.
- Xavier, J. R. (2005). L'opinion publique au sein du système de justice pénale : l'affaire James Bulger. Thèse de maîtrise, Département de Criminologie, Université d'Ottawa.

- Xavier, J. R. (2008). Les rapports entre l'opinion publique et la détermination de la peine du point de vue de la science. Document de travail non publié. Ottawa: Université d'Ottawa.
- Young, A. (2001). Le rôle de la victime au sein du processus judiciaire: une analyse bibliographique (1989 – 1999). Rapport pour le Ministère de la Justice du Canada. Canada : Ministère de la Justice du Canada
- Zimring, F. (2003) The Contradictions of American Capital Punishment. New York: Oxford University Press.

Sites Internet

http://www.aidh.org/Biblio/Text_fondat/GB_01.htm

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/d1789.htm>

http://www.semainedesvictimes.gc.ca/archive2007/ressource_guide/posters/2928_victims_Reg_R4_WEB.pdf

http://www.semainedesvictimes.gc.ca/archive2007/ressource_guide/posters/2928_victims_Reg_R3_2_WEB.pdf. ; consulté le 4 avril 2009.

Jurisprudence

R. c. Beaugard, [1986] 2 R.C.S 56.

R. c. Goltz, [1991] 3 R.C.S. 485.

R. c. Hall, [2002] 3 R.C.S 309, 2002, CSC 64.

R. c. L. M., [2008] CSC 31.

R. c. Latimer, [2001] 1 R.C.S. 3

- R. c. M. (C.A.), [1996] 1 R.C.S. 500.
- R. c. McDonnell, [1997] 1 R.C.S. 948.
- R. c. Morrissey, [2000] 2 R.C.S. 90.
- R. c. Proulx, [2000] 1 R.C.S. 61.
- R. c. Salituro, [1991] 3 R.C.S. 654.
- R. c. Shropshire, [1995] 4 R.C.S. 227.
- R. c. Smith, [1987] 1 R.C.S. 1045.

Documents

- Acte de *Habeas Corpus*, 1679.
- Bill of Rights, 1689.
- Bill of Rights, 1791.
- Charte canadienne des droits et libertés, 1982. Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, soit l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, (R.-U.).
- Code Criminel du Canada, 1985. L. R. C. 1985, ch. C-46.
- Déclaration canadienne des droits, ch. 44, 1960.
- Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789.
- Déclaration des droits de Virginie, 1776.
- Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, 1985.
- Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948.
- Magna Carta, 1215.
- Petition of Rights, 1628.