

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

SYSTÈME DE PENSÉE ET RÉFORME DU DROIT CRIMINEL : LES IDÉES
INNOVATRICES DU RAPPORT OUMET (1969)

THÈSE

PRÉSENTÉE

COMME EXIGENCE PARTIELLE

DU DOCTORAT EN SOCIOLOGIE

PAR

RICHARD DUBÉ

FÉVRIER 2008

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.»

REMERCIEMENTS

Je voudrais tout d'abord remercier mes directeurs, le professeur Jules Duchastel, titulaire de la *Chaire de recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie* (Sociologie, Université du Québec à Montréal) et le professeur Alvaro Pires, titulaire de la *Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale* (Criminologie, Université d'Ottawa); les remercier pour leur disponibilité, pour les lectures attentives, les multiples rencontres, les passionnantes discussions. Ce fut un grand privilège de travailler avec vous, un réel plaisir de vous côtoyer. Je remercie aussi vivement Gérard Pelletier pour la révision linguistique de la thèse.

Je voudrais aussi, du fond du coeur, remercier ma conjointe, Margarida Garcia, de m'avoir accompagné au fil des heures, toujours les heures. Sans toi, sans ta présence d'esprit et tes attentions chaleureuses, l'aboutissement de cette thèse, dans le bonheur de notre quotidien, aurait été difficile à concevoir. Merci aussi à ses parents, Alcides et Helena, qui m'ont chaleureusement accueilli dans leur foyer portugais pendant les dernières heures de rédaction.

Je remercie mon frère Jérôme pour ses encouragements, sa présence, pour toutes les visites en compagnie de sa conjointe, Caroline. Merci à vous deux. Je remercie aussi mon père Gilles pour son soutien, sa grande générosité, d'avoir toujours accepté de me lire et de me relire.

Ma mère, Marguerite... merci d'avoir accompagné, d'ici-bas, les années les plus importantes de cette thèse et, de là-haut, les derniers mois de rédaction. Le courage dont tu as fait preuve tout au long de ta trop courte vie a été et sera toujours une source d'inspiration pour moi. Tu m'as donné la force d'aller jusqu'au bout et de terminer mon projet. Cette thèse, je te la dédie.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|------|
| LISTE DES FIGURES | viii |
| LISTE DES TABLEAUX | ix |
| RÉSUMÉ | x |
| INTRODUCTION | 1 |
| CHAPITRE I | |
| CONTEXTE THÉORIQUE | 9 |
| 1.1 L'hypothèse de la non-évolution du droit criminel moderne | 15 |
| 1.2 L'outillage conceptuel..... | 29 |
| 1.2.1 Le concept de rationalité pénale moderne | 29 |
| 1.2.1.1 Contexte d'émergence et de conceptualisation | 30 |
| 1.2.1.2 La dimension systémique de la rationalité pénale moderne... | 33 |
| 1.2.1.3 Rationalité pénale moderne et théories de la peine | 41 |
| 1.2.1.4 Rationalité pénale moderne et vision identitaire | 57 |
| 1.2.2 La notion d'innovation | 63 |
| 1.2.3 La notion de commission de réforme du droit | 68 |
| 1.2.3.1 La face politique des commissions de réforme du droit | 70 |
| 1.2.3.2 La face juridique des commissions de réforme du droit | 78 |
| CHAPITRE II | |
| CHAPITRE MÉTHODOLOGIQUE | 91 |
| 2.1 L'univers total des documents | 91 |
| 2.1.1 Les documents rédigés <i>pour</i> la Commission | 92 |
| 2.1.1.1 Les documents spontanément adressés à la Commission | 93 |

| | | |
|---|---|-----|
| 2.1.1.2 | Les documents produits à la demande de la Commission | 93 |
| 2.1.2 | Les documents rédigés <i>par</i> la Commission | 94 |
| 2.1.3 | Les documents hybrides | 95 |
| 2.2 | La réduction de l'univers total des documents | 95 |
| 2.2.1 | Le guide de sélection | 96 |
| 2.2.2 | Le premier moment de sélection : le choix des <i>documents pertinents</i> | 100 |
| 2.2.2.1 | La sélection des documents pertinents pour le premier objectif | 101 |
| 2.2.2.2 | La sélection des documents pertinents pour le deuxième objectif | 104 |
| 2.2.2.3 | La sélection des documents pertinents pour le troisième objectif | 105 |
| 2.2.3 | Le deuxième moment de sélection : le contrôle réflexif des exclusions | 106 |
| 2.2.4 | Le troisième moment de sélection : le choix des <i>énoncés pertinents</i> et l'organisation du matériel | 108 |
| 2.2.4.1 | La fiche « fonctionnement »..... | 109 |
| 2.2.4.2 | La fiche « locuteurs » | 112 |
| 2.3 | La méthode d'analyse | 117 |
| | | |
| CHAPITRE III | | |
| LE FONCTIONNEMENT DE LA COMMISSION OUIMET | | |
| 3.1 | Introduction..... | 124 |
| 3.2 | Le contexte sociohistorique de la mise sur pied de la Commission Ouimet | 125 |
| 3.2.1 | Les contours du contexte sociohistorique | 125 |
| 3.2.2 | Le contenu du contexte sociohistorique | 126 |
| 3.2.2.1 | La modernité et la positivisation du droit | 126 |
| 3.2.2.2 | La seconde modernité : socle d'une réflexion de fond sur le droit | 129 |

| | | |
|--|--|-----|
| 3.3 | La mise sur pied de la Commission Ouimet | 133 |
| 3.3.1 | La sélection des membres et des consultants | 133 |
| 3.3.2 | Le statut politique de la Commission et ses enjeux | 135 |
| 3.4 | La Commission Ouimet à la conquête de son autonomie | 138 |
| 3.5 | La fermeture et l'ouverture de la Commission Ouimet | 146 |
| 3.6 | La mobilisation de l'environnement | 148 |
| 3.6.1 | La sélection des recherches existantes..... | 150 |
| 3.6.2 | La production de recherches complémentaires..... | 153 |
| 3.6.2.1 | La sollicitation de mémoires | 153 |
| 3.6.2.2 | La réalisation d'entrevues qualitatives | 157 |
| 3.6.2.3 | Les observations sur le terrain | 160 |
| 3.6.2.4 | La production d'études spéciales | 165 |
| 3.7 | Les conditions de la réflexion et celles ayant favorisé un improbable consensus | 166 |
| 3.8 | Conclusion | 178 |
| | | |
| CHAPITRE IV | | |
| SOUFFRANCE, EXCLUSION SOCIALE ET SANCTIONS | | |
| ALTERNATIVES : LA VARIÉTÉ NON JURIDIQUE DE | | |
| L'ENVIRONNEMENT | | |
| | | 182 |
| 4.1 | Introduction | 182 |
| 4.2 | Les points de vue dans l'univers politique | 184 |
| 4.2.1 | La Police | 184 |
| 4.2.2 | Le Correctionnel | 201 |
| 4.2.3 | Le Communautaire | 211 |
| 4.3 | Les points de vue dans l'univers juridique | 225 |
| 4.3.1 | Les professionnels du droit | 225 |
| 4.3.2 | Les juristes | 242 |
| 4.4 | Conclusion | 246 |

| | |
|---|-----|
| CHAPITRE V | |
| L'ÉMERGENCE D'UN SYSTÈME DE PENSÉE ALTERNATIF EN | |
| MATIÈRE DE DROIT CRIMINEL ?..... | 250 |
| 5.1 Introduction | 250 |
| 5.2 Les idées de la Commission Ouimet | 251 |
| 5.2.1 La définition du lien « délinquant—société » | 251 |
| 5.2.2 La circonscription du champ d'application de la loi pénale | 260 |
| 5.2.3 Le droit de punir et le pouvoir discrétionnaire des acteurs | 263 |
| 5.2.4 Les normes de sanction | 268 |
| 5.2.5 Les formes des mediums « peine » et « disposition » | 271 |
| 5.2.6 Les théories de la peine | 275 |
| 5.2.6.1 Le point de vue sur la théorie de la rétribution | 275 |
| 5.2.6.2 Le point de vue sur la théorie de la dissuasion | 278 |
| 5.2.6.3 Le point de vue sur la théorie de la réhabilitation | 283 |
| 5.2.7 La fonction du droit criminel | 286 |
| 5.2.7.1 Ce qu'implique le medium « protection de la | |
| société »..... | 287 |
| 5.2.7.2 La théorie des systèmes : vers une nouvelle conception de | |
| la fonction du droit criminel moderne | 290 |
| 5.3 Conclusion | 294 |
| CONCLUSION | 296 |
| BIBLIOGRAPHIE | 310 |

LISTE DES FIGURES

| Figures | | Page |
|---------|---|------|
| 1.1 | Schématisation d'une théorie de l'évolution des structures internes du système et ses attaches à la théorie des systèmes sociaux..... | 18 |
| 1.2 | Les théories modernes de la peine et leur rapport à l'exclusion ou à l'inclusion sociale du délinquant | 55 |
| 1.3 | Le rôle des commissions de réforme du droit sur le plan de l'évolution identitaire du droit criminel moderne | 86 |
| 4.1 | Les trois moments de la réflexion créatrice | 249 |

LISTE DES TABLEAUX

| Tableaux | | Page |
|----------|--|------|
| 1.1 | Les quatre principales dimensions de la théorie de la rétribution en matière de droit criminel moderne | 45 |
| 1.2 | Les quatre principales dimensions de la théorie de la dissuasion en matière de droit criminel moderne | 51 |
| 1.3 | Les traits caractéristiques et distinctifs des commissions de réforme et des commissions d'enquête | 76 |
| 2.1 | Objets de la narration interne et externe | 110 |
| 2.2 | Les catégories des interlocuteurs de la Commission Ouimet | 115 |

RÉSUMÉ

Cette recherche a pris forme autour d'une hypothèse générale suggérant de façon volontairement provocatrice la « non-évolution » du système de droit criminel moderne (Pires, 2002). Cette hypothèse reconnaît que de nombreux changements ont été apportés à certaines structures du système, mais elle remarque en même temps que, depuis le milieu du XVIIIe siècle, d'autres structures particulièrement névralgiques sur le plan de l'évolution sont restées essentiellement cristallisées. Parmi celles-ci, les structures relatives aux normes de sanction.

À travers la notion de « rationalité pénale moderne », nous établissons théoriquement un lien fort entre la (sur)valorisation de l'enfermement punitif et la stabilisation d'un système de pensée fondé sur les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réhabilitation. Toutes ces théories modernes de la peine ont à leur manière valorisé l'idéal de la souffrance et/ou celui de l'exclusion sociale : toutes ont ainsi cognitivement servi les intérêts de la sanction pénitentiaire et discriminé ou à tout le moins contribué à marginaliser les sanctions alternatives plus inclusives et/ou non afflictives.

Le problème de la « non-évolution » du droit criminel est sans doute un problème complexe, mais on peut, suivant ces considérations, saisir au moins une de ses multiples facettes : la pression qu'exerce sur ses structures un système de pensée hégémonique, foncièrement hostile dans sa manière de concevoir la protection de la société et profondément attaché à la tradition pénitentiaire. On peut par ailleurs y inscrire notre propre objet d'étude : *les conditions d'émergence des idées innovatrices engagées dans la formation d'un autre système de pensée, d'un système de pensée moins hostile dans sa manière de concevoir la protection de la société, capable de valoriser des sanctions positives non carcérales et de se concevoir lui-même comme offrant une alternative à la rationalité pénale moderne.*

Pour observer le phénomène de l'innovation cognitive en matière de droit criminel moderne, il fallait empiriquement éviter les organisations déjà submergées par les idées usuelles de la rationalité pénale moderne. Nous avons ainsi évité les organisations jouant des rôles plus centraux au niveau de la création de la loi (le Parlement) ou de la détermination du droit (les tribunaux). En nous déplaçant du centre vers la périphérie, nous avons croisé, quelque part entre le politique et le juridique, les commissions de réforme du droit. Le cas du *Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle* (Commission Ouimet) allait nous servir de laboratoire d'observation. Son rapport officiel et les documents d'archives que nous avons pu librement consulter allaient constituer notre matériel empirique.

Notre recherche aborde en détail ce qui concerne le fonctionnement de cette organisation; elle montre notamment comment son rapport au temps et son étendue dans l'empirie ont pu favoriser des conditions d'enquête et de réflexion propices à l'émergence des idées innovatrices et allant au-delà de ce qui constitue les limites des *organisations politiques classiques* (Parlement, Cabinet, etc.).

Notre recherche se penche aussi sur la qualité des idées qui ont été défendues devant la Commission par ses interlocuteurs. Ce regard nous permet d'entrer dans les couloirs étroits de la rationalité pénale moderne et de visiter les cachots conceptuels à l'intérieur desquels on enferme la pensée et étouffe la créativité. Au fond d'un de ces couloirs, dans un cachot bien gardé par les théories modernes de la peine, nous avons rencontré la pensée des juges et des magistrats, ceux et celles à qui revient la tâche de prendre des décisions dans *les organisations juridiques du centre* (tribunaux). Non seulement leur était-il ici difficile de se libérer du connu et de participer à l'émergence d'un système de pensée alternatif, mais il allait leur être tout aussi difficile, ultimement, au tribunal, de trouver une façon de le valoriser et de le stabiliser.

Notre recherche reprend finalement les idées mises en avant par la Commission Ouimet elle-même. Après avoir séparé « variété » et « redondance », nous évaluons les implications théoriques et pratiques du système de pensée alternatif que la Commission semble avoir voulu privilégier dans son rapport.

MOTS-CLÉS : DROIT CRIMINEL, RATIONALITÉ PÉNALE, COMMISSIONS DE RÉFORME, INNOVATION, SYSTÈME DE PENSÉE.

INTRODUCTION

Notre recherche consiste en une étude de cas portant sur le *Comité canadien de réforme pénale et correctionnelle* (Commission Ouimet). Vers la fin des années 1960, sous la présidence du juge Roger Ouimet, cette commission de réforme du droit avait voulu réorienter le droit criminel vers d'autres horizons d'avenir libérés du connu et de la tradition de la première modernité.

Les idées innovatrices qui émergent à travers le discours de la Commission Ouimet¹ et les liens qu'elles entretiennent avec la possibilité d'une « autre » modernisation cognitive et normative du droit criminel se retrouvent au coeur de notre réflexion. Précisons d'entrée de jeu que la notion d'idée innovatrice, plutôt que de correspondre à n'importe quelle forme de changement, sera plus rigoureusement associée ici à un type tout à fait particulier de changement.

Dans le cadre de cette recherche, notre projet est celui d'identifier et de mieux comprendre les mécanismes et les processus organisationnels pouvant contribuer ou nuire à l'émergence des idées innovatrices en matière de droit criminel. Le projet est également de dresser, à partir des écrits produits par les interlocuteurs de la Commission Ouimet, une cartographie des trames discursives qui gravitaient—et qui semblent encore aujourd'hui graviter—autour des frontières communicationnelles du droit criminel, d'évaluer dans quelle mesure ces « irritants » externes peuvent ou non stimuler la créativité cognitive des commissions de réforme du droit et, à un niveau plus général, celle des organisations politiques et juridiques à qui revient

¹ Tout au long de ce travail, nous désignerons le *Comité canadien de réforme pénale et correctionnelle* par l'expression « Commission Ouimet ».

respectivement la tâche de créer la loi et de déterminer le droit. C'est finalement aussi de définir, à partir des idées valorisées par la Commission Ouimet elle-même, les implications théoriques et pratiques d'un système de pensée se positionnant dans un rapport de concurrence avec les idées usuellement valorisées par le système de pensée dominant du droit criminel moderne.

Cette réflexion sur les conditions d'émergence des idées innovatrices, on l'aura compris, s'inscrit dans une problématique beaucoup plus large qui est celle des conditions d'*évolution* du système de droit criminel moderne. La notion d'évolution, comme nous le verrons plus loin, ne renvoie ni à l'idée de « progrès » ni à celle d'« amélioration ». Elle renvoie plutôt, de façon plus neutre, à la capacité du système d'accroître sa propre complexité interne (Ahlemeyer, 2001; Luhmann, 1984), d'élargir les espaces de possibilités prédéterminés par ses structures de manière à pouvoir appréhender les problèmes et les pressions sociales comme des « sources d'apprentissage » et des « opportunités d'auto-correction » (Nonet et Selznick, 1978 : 77).

Anticipons sur ce qui va suivre pour préciser par ailleurs que les notions d'innovation et d'évolution, bien qu'elles soient intimement reliées, ne se résument pas l'une à l'autre.

Le choix d'utiliser le cas de la Commission Ouimet comme support empirique nous est apparu tout indiqué pour notre recherche. Le projet de réforme de cette organisation de réflexion juridique atteint les fondements mêmes du système de droit criminel moderne. Dans son discours, autant les manières de faire que les manières de penser sont remises en question. Plusieurs des *principes et objets fondamentaux* du droit criminel moderne ont été déconstruits, puis reconstruits autrement, alors que d'autres encore ont été tout simplement abandonnés.

Aussi, en considérant les idées innovatrices de cette commission de réforme du droit, tout un éventail de possibilités nouvelles sont apparues en matière de sanctions; plusieurs nous éloignent de l'incarcération, de l'obligation de faire souffrir ou d'exclure socialement. Des sanctions positives qui avaient été dévalorisées, voire interdites par le système de pensée dominant, viennent s'inscrire en tête de liste.

Par ailleurs, les principes privilégiés par la Commission Ouimet pour orienter les décisions relatives à la détermination de la sanction repositionnent au centre des préoccupations les coûts sociaux de l'intervention pénale. On ne se soucie plus exclusivement de la cohérence systémique interne, on se soucie également des conséquences du procès, de la condamnation et de la peine sur la trajectoire de vie du délinquant, sur sa famille, sur le lien social et la société en général.

En somme, tout se présente comme si, à l'aube d'une modernité plus réflexive, une rationalité juridico-éthique avait soudainement—par l'entremise d'une commission de réforme—fait son émergence dans les frontières communicationnelles du système de droit criminel avec l'espoir de tempérer les abus de la rationalité formelle de la première modernité.

En ce qui a trait au corpus empirique, il comprend le rapport officiel de la Commission Ouimet (publié en 1969) et plusieurs documents tirés d'un vaste fonds d'archives entièrement réservé aux documents de cette commission. Nous discuterons de ces documents et du processus de leur sélection dans le deuxième chapitre de ce travail (*Chapitre méthodologique*).

Tous les documents que nous avons sélectionnés pour constituer notre corpus empirique ont fait l'objet d'une analyse sémantique systématique. Cette analyse nous a permis d'entrer dans la « boîte noire » de la Commission Ouimet, de

connaître en détail la démarche et le fonctionnement de l'organisation. Elle nous a également permis de repérer les idées qui, en fonction des dimensions conceptuelles que nous développerons plus loin, nous auront paru « innovatrices » en référence aux idées soutenues par le système de pensée dominant du droit criminel moderne. À partir de cette analyse, nous avons aussi relevé, dans le discours de la Commission Ouimet et dans les documents de ses interlocuteurs (environnement), les obstacles « cognitifs » à la formation d'un système de pensée alternatif et à l'évolution du système de droit criminel moderne.

Il va sans dire que toutes les idées potentiellement innovatrices, comme d'ailleurs tous les obstacles cognitifs à l'évolution, ne pourront être traités dans le cadre de cette recherche. Nous sélectionnerons plus spécifiquement les idées qui portent sur certains « objets » plus fondamentaux du droit criminel moderne et qui auront préalablement été théoriquement problématisés (*Chapitre théorique*) comme des structures plus « névralgiques » pour l'évolution du droit criminel.

L'importance de notre recherche s'articule dans un contexte sociohistorique contemporain à l'intérieur duquel certains observateurs du droit criminel moderne ont fait remarquer, tant au niveau des moyens de répression privilégiés (Foucault, 1975; Faugeron, 1994; Garland, 2001) qu'au niveau des idées philosophico-juridiques qui leur servent de fondements (Pires, 1998, 2002), toute la difficulté du droit criminel à « apprendre » de son environnement et à penser et à se repenser autrement.

Les analyses de Michel Foucault (1975) nous seront particulièrement utiles pour thématiser la première partie du problème, soit la généralisation d'un dispositif de privation de la liberté qui, en dépit des critiques récurrentes qui lui auront été adressées depuis le milieu du XVIII^e siècle, occupe encore aujourd'hui une place importante, voire centrale dans le système de pensée dominant du droit

criminel. Quant à la deuxième partie du problème, celle qui se consacre à l'« explication » de ce problème « d'apprentissage » du système, nous allons tenter de nous distancer des analyses de causalité linéaire—comme celle que nous propose Garland dans *Culture of Control* (2001)—pour tirer profit des travaux qui viennent—comme ceux de Pires (1998, 2001)—mettre en cause, à travers le concept de « rationalité pénale moderne », les structures cognitives du droit criminel moderne et leur influence sur la manière dont le système négocie lui-même (causalité interne circulaire) l'actualisation de ses propres changements.

En ce qui a trait à l'avancement des connaissances, la contribution de notre recherche vise une meilleure compréhension des conditions sociologiques de formation des « systèmes de pensée » alternatifs. Foucault s'étant essentiellement consacré aux conditions de formation des « systèmes de pensée » *dominants* (Dreyfus et Rabinow, 1984), les conditions de formation des « systèmes de pensée » plus *marginiaux*—non valorisés, mais bel et bien réels comme possibilités alternatives—représentent encore aujourd'hui des objets de recherche peu traités par la sociologie.

Plusieurs des préoccupations au fondement de notre réflexion traversent celles du programme de recherche de la *Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale*, notamment celle relative à la construction et au développement d'une théorie sociologique de l'innovation cognitive et de l'évolution identitaire du système de droit criminel moderne. Notre travail devra donc, à cet égard, nous permettre d'investir théoriquement la notion d'idée innovatrice en matière de droit criminel. Cette précision conceptuelle devrait non seulement permettre de distinguer cette notion d'autres notions avoisinantes comme celles de « nouveauté » et de « transformation », mais elle devrait aussi favoriser une observation empirico-sociologique plus précise, capable de distinguer différents types de changements et de les problématiser sur le plan de l'évolution. Le travail devrait également nous permettre d'investir théoriquement la notion d'évolution en matière

de droit criminel moderne et d'y inscrire le rôle que peuvent être amenées à jouer, sous certaines conditions, les commissions de réforme du droit.

Évidemment, par ricochet, les thèmes que nous aborderons dans cette recherche soulèveront une multitude d'autres questions dont nous ne pourrions traiter ici. Notre lecteur devra donc arrimer ses propres attentes aux objectifs de cette recherche.

Cette recherche comprend cinq chapitres : le chapitre théorique, le chapitre méthodologique et trois chapitres *analytiques*.

Dans le premier chapitre, nous développons notre problématique de recherche. Nous développons notamment les questions de recherche, nous précisons les objectifs poursuivis et tentons de fonder toute la pertinence de notre réflexion. Par ailleurs, une partie importante du chapitre est consacrée à la définition des concepts plus centraux comme les concepts de « système de pensée », de « rationalité pénale moderne », d'« innovation » et de « commission de réforme ». Nous traitons par ailleurs du problème de l'observation de l'évolution en sociologie.

Le deuxième chapitre de cette thèse est consacré aux considérations méthodologiques. Nous présentons les documents mis à notre disposition pour ancrer empiriquement notre réflexion. Nous énumérons les stratégies que nous avons adoptées pour sélectionner les documents et les énoncés et pour ainsi créer notre corpus empirique. Nous traitons des fiches de collecte des données et établissons les liens nécessaires entre nos objectifs et questions de recherche et la manière dont nous avons organisé notre matériel empirique. Nous discutons finalement de l'analyse du discours et de la méthode que nous avons privilégiée pour faire « parler » nos documents et les faire interagir les uns avec les autres.

Les trois chapitres suivants nous permettent d'entrer au coeur même de l'analyse.

Dans le chapitre III, nous entrons dans la « boîte noire » de la Commission Ouimet et mettons à profit l'analyse d'un matériel empirique susceptible de nous éclairer sur le fonctionnement de cette organisation de réflexion juridique. Nous nous intéressons ainsi, non pas tant aux acteurs ou à leur subjectivité, mais bien aux structures de l'organisation, à la démarche entreprise et aux conditions objectives de mise en oeuvre d'un projet de réflexion sur le droit.

Dans le chapitre IV, nous nous éloignons de l'organisation pour entrer en contact avec son environnement. Nous nous intéressons aux idées et aux points de vue de ses interlocuteurs sur toute une série de questions que nous aurons préalablement définies—dans le chapitre théorique—comme des objets d'observation stratégiques pour l'observation de l'évolution du droit criminel moderne. L'objectif n'est pas de décrire tous les points de vue, mais bien, par l'entremise des documents, d'« interviewer » les interlocuteurs et d'extraire, jusqu'à saturation, toute la diversité des idées susceptibles de favoriser ou de faire obstacle à l'émergence d'un système de pensée alternatif.

Dans le chapitre V, nous revenons à la Commission Ouimet. Notre point de focalisation ne sera plus le fonctionnement de l'organisation, mais bien son discours, c'est-à-dire les idées qu'elle a pu mettre en avant-plan pour orienter la « réforme » du droit criminel moderne. Nous concevons théoriquement l'ensemble des idées proposées et leur manière d'interagir entre elles comme des unités de discours participant de la formation d'un système de pensée émergent. Nous discutons en outre des implications théoriques et pratiques de ce système de pensée alternatif pour l'évolution identitaire du système de droit criminel moderne. Nous prenons soin également de problématiser les idées qui, au lieu de promouvoir

l'innovation et la créativité du système de droit criminel, contribuent à la réactualisation du système de pensée dominant, à la cristallisation des structures névralgiques et à la « non évolution » (Pires, 2002) de ce même système.

En guise de conclusion, nous proposons un retour sur ce qui a été accompli ou non accompli dans le cadre de cette recherche. Nous soulignons nos contributions et reprenons les principaux résultats que nous avons pu obtenir à partir de cette réflexion sur les conditions organisationnelles et cognitives favorisant l'émergence des idées innovatrices en matière de droit criminel.

CHAPITRE I

CONTEXTE THÉORIQUE

Historiquement, à maintes reprises et dans plusieurs pays occidentaux, que ce soit par l'entremise des commissions d'enquête, ou bien à travers des commissions de réforme du droit², ou encore à partir du regard critique que les sciences sociales ont porté et portent encore sur le droit criminel moderne, on aura insisté sur l'urgence d'une remise en question des fondements de ce système social, sur le caractère impératif d'une modernisation profonde de ses structures.

Au Canada, la *Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada* (Commission Archambault, 1938) ainsi que le Comité institué pour faire enquête sur les principes et les méthodes suivis au Service des pardons du ministère de la Justice du Canada (Commission Fauteux, 1956) indiquaient des problèmes importants dans le fonctionnement des institutions correctionnelles. Leurs mandats avaient toutefois été définis de façon plus restrictive que celui qui sera finalement confié au *Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle* (Commission Ouimet, 1969).

Pour la première fois au Canada, le pouvoir politique fédéral reconnaissait d'entrée de jeu, à l'écriture du mandat, que le « maintien de l'ordre »,

² Le travail théorique permettant de distinguer les notions de « commission d'enquête » et de « commission de réforme » sera réalisé plus loin dans ce premier chapitre (section 1.2.3.1, page 70 et suivantes).

les « tribunaux » et la « correction » représentaient des domaines interdépendants qu'une perspective de *réforme* ne pouvait dissocier. La Commission Ouimet allait ainsi devoir :

[...] étudier tout le domaine de la correction, dans son sens le plus large, depuis la toute première enquête sur une infraction jusqu'à la libération définitive du prisonnier soit de sa détention soit de sa libération conditionnelle, y compris les procédures et les mesures telles que l'arrestation, la sommation, le cautionnement, le droit d'être représenté devant la cour, la condamnation, la liberté surveillée, la sentence, la rééducation, les soins médicaux et psychiatriques, la libération, la libération conditionnelle, le pardon, la surveillance, l'orientation et la réhabilitation post-libératoires; recommander, dès que des conclusions sont acquises, les changements estimés désirables à la loi et à la procédure applicables à ces sujets, afin de mieux assurer la protection de l'individu et, si possible, sa réhabilitation, compte tenu d'une juste protection de la collectivité; et considérer, en vue de faire des recommandations, tous les sujets qui ont un rapport nécessaire avec ce qui précède ainsi que toutes questions connexes qui pourraient éventuellement être référées au comité; sans considérer cependant des délits particuliers sauf dans le cas où une telle considération serait directement pertinente à l'étude des sujets ci-haut mentionnés (Rapport Ouimet, 1969 : 1).

La portée du mandat a permis une réflexion de fond sur les transformations qu'exigeait la (re)modernisation du droit criminel moderne. Autant la dimension normative (lois) que cognitive (système de pensée) du système étaient mises en cause.

On insistera en outre sur l'importance d'orienter cette réforme à partir des principes de *modération* et d'*intervention en dernier ressort (ultima ratio)*. Cela signifiait avoir moins de lois, attribuer moins de responsabilité pénale, mieux sélectionner les conflits qui devaient être soumis aux tribunaux pénaux, recourir à une plus grande variété de formes de procédures et de sanctions.

Par ailleurs, à l'époque, le capital de connaissances accumulées et la revivification des droits de la personne allaient pouvoir, croyait-on, amener de l'eau au moulin et orienter la reconstruction de la structure législative et la révision des présupposés philosophiques des XVIII^e et XIX^e siècles vers un droit criminel que l'on imaginait plus « progressiste ». À l'aube des années 1970, le nouveau ministre de la Justice, l'honorable John Turner (1971 : 4), voyait lui-même dans cette mouvance l'opportunité d'instaurer un droit criminel plus « flexible » et plus « compatissant » (*compassionate*).

Tous les espoirs investis dans cette transformation « identitaire » du droit criminel moderne allaient très vite faire place au désarroi suscité par un retour en force de l'esprit répressif (Garland, 2001; Pires, 2001 : 186-188). Les années 1980 seront en effet profondément marquées par le retour du néo-classicisme, par la promotion du blâme, de la responsabilisation morale et de la rétribution (Jeandidier, 1991).

Les États-Unis, la Grande-Bretagne et le Canada vont non seulement continuer d'exclure ou de marginaliser les sanctions alternatives, mais ils vont par ailleurs connaître une revalorisation de la sanction carcérale. Cette revalorisation va se traduire par une augmentation du nombre de prisons sur leur territoire respectif (Christie, 1993; Cayley, 1998; Garland 2001), par des taux d'incarcération de plus en plus élevés (Christie, 1993) et/ou par des périodes de détention qui s'étireront de plus en plus dans la durée.

Pourtant en Occident, on ne peut pas dire que le système de droit criminel moderne n'avait pas été invité, voire pressé de revoir ses modes d'intervention et de privilégier des sanctions plus positives.

L'institution carcérale avait été depuis longtemps critiquée. Dans des termes actuels, un des paradoxes était et demeure celui d'expliquer « comment, dans les sociétés où la liberté est posée comme le principe fondamental de l'organisation sociale, [on peut] accepter l'existence [et la généralisation] d'un dispositif de privation de la liberté? » (Faugeron 1994 : 65). Comment est-ce que des sociétés qui se disent par ailleurs libres et démocratiques ont-elles pu accorder et continuer d'accorder autant d'importance à cette norme de sanction? Mais surtout, comment se fait-il qu'elles n'aient pas réussi à développer et à instituer des sanctions alternatives plus positives (Pires, 1991)?

Ces questions sont d'autant plus énigmatiques que plusieurs analyses indiquent l'inefficacité de ce dispositif et dénoncent les coûts sociaux (Landreville, Blankevoort et Pires, 1981) et économiques élevés de son usage. Ces problèmes ne sont pas nouveaux. En effet, peu de temps après la naissance de la prison, c'est-à-dire à partir du moment où nous avons commencé à concevoir la détention comme une *sanction*—et non plus comme un simple dispositif de garantie pour s'assurer de la personne et de sa participation aux procédures³—cette institution a commencé à être critiquée (Foucault, 1975 : 135). On critique alors cet usage répressif de l'enfermement « parce qu'il est incapable de répondre à la spécificité des crimes, [...] dépourvu d'effets sur le public, [...] inutile à la société, nuisible même : il est coûteux, il entretient les condamnés dans l'oisiveté, il multiplie leurs vices » (Ibid : 135).

Mais ces problèmes n'empêcheront pas l'enfermement punitif de se généraliser comme « la forme essentielle du châtement » (Foucault, 1975 : 136). Ils ne seront par ailleurs pas suffisants pour stimuler le développement des alternatives. Une

³ Avant le XVIII^e siècle, le recours à la détention n'était pas pensé comme une *peine* en tant que telle, mais bien comme « une prise de gage » sur le corps du justiciable : « on s'assure de quelqu'un, on ne le punit pas » (Foucault, 1975 : 139).

forme de résistance, dont la nature resterait encore à définir, semble ainsi bloquer le développement ou la valorisation d'autres modes d'intervention.

Le problème que nous observons ici peut être reconfiguré dans l'hypothèse générale de la « non-inventivité » (Pires, 1998) et de la « non-évolution » (Pires, 2002) du droit criminel moderne et de la théorie de l'évolution de ce système qui en découle⁴. Quant à l'hypothèse de la « non-évolution », elle ne concerne pas uniquement les normes de sanction et la manière de réfléchir sur elles; elle concerne également toutes les « auto-descriptions » et tous les principes fondamentaux qui participent, à l'intérieur même des frontières communicationnelles du droit criminel, à la cristallisation des normes de sanction dominantes. L'hypothèse prend acte d'une forte tendance à intégrer des changements qui ne changent rien du point de vue de la réforme, à ignorer les critiques qui viennent remettre en cause des structures que le système ne semble pas vouloir abandonner (Faugeron, 1994; Foucault, 1975; Pires, 2002). L'hypothèse met ainsi l'accent sur l'incapacité du système à reconnaître sa propre contingence et à accepter qu'il pourrait lui-même se concevoir autrement et s'ouvrir à la possibilité de valoriser des sanctions alternatives (Hulsman, 1982).

Cette hypothèse nous paraît intéressante parce qu'elle permet de problématiser ce qui, à l'interne, au niveau des structures du système, participe à la redondance et fait obstacle à la variété. Dit autrement, cette hypothèse permet de mettre en avant-plan l'autonomie du système de droit criminel moderne dans l'actualisation et la non-actualisation des possibilités de changement offertes par l'environnement. Teubner explique les implications de cette autonomie juridique :

⁴ Cette théorie de l'évolution du système de droit criminel n'a pas encore été présentée d'une façon systématique dans un texte publié par Pires. Jusqu'à présent, à l'exception d'une étude publiée où elle est sommairement annoncée (Pires, 2002 : 90-91), cette théorie a fait surtout l'objet de communications orales à des congrès (Oñati, 2003; São Paulo, 2006) ou à des séminaires d'études supérieures à l'Université d'Ottawa (depuis 2001) et à l'Université de Lecce (Italie).

Si les développements externes ne sont pas ignorés, ils ne suivent pas pour autant le schéma stimulus-réponse pour se traduire en effets internes : les structures juridiques les filtrent d'après les critères d'une sélectivité spécifique et les adaptent à la logique interne de l'évolution normative. Même les pressions sociales les plus puissantes ne sont perçues et traitées juridiquement que dans la mesure où elles apparaissent sur les « écrans » internes des constructions juridiques de la réalité. C'est en ce sens que les développements sociaux « modulent » l'évolution du droit, *sans l'empêcher de suivre obstinément sa logique de développement* (Teubner, 1996 : 11, notre souligné).

L'hypothèse de l'autonomie n'exclut pas la possibilité que l'environnement puisse exercer des influences. Elle n'exclurait donc pas ici que la « Culture of control » que décrit Garland puisse expliquer une partie du problème relatif à la « non-évolution » du droit criminel moderne. Mais ce ne sera qu'une partie du problème. Il faut encore problématiser l'autre partie qui, elle, concerne non pas l'environnement, mais bien le système lui-même, ses structures, ses modes de reproduction et sa relation avec l'environnement⁵.

En sociologie, la reconnaissance de cette autonomie nous amènerait par ailleurs à revoir les modèles explicatifs du changement, à concevoir la « causalité » de façon *circulaire* plutôt que de postuler une approche purement *linéaire*. Au niveau de l'analyse, la reconnaissance de cette autonomie nous entraînerait à tenir compte de ce qui se joue dans les « boîtes noires » des systèmes sociaux, d'en comprendre les dynamiques internes qui se montrent réfractaires ou, au contraire, plus favorables au changement et à l'évolution.

⁵ Dans *Culture of Control*, Garland reconnaît une autonomie relative aux institutions formant ce qu'il appelle « le champ du contrôle du crime » (*the field of crime control*), mais il insistera surtout sur l'influence déterminante qu'exercent les développements environnementaux sur les adaptations observables à l'intérieur de ce champ : « ... any major transformation in the field's configuration will tend to signal correlative transformations in the structure of the social fields and institutions that are contiguous to it » (Garland, 2001 : 5). Non seulement le concept d'autonomie est-il difficile à cerner théoriquement, mais il n'est pas incompatible avec le modèle de la causalité linéaire qui est justement vigoureusement contesté ici.

L'hypothèse de Pires, définie dans les termes de la « non-évolution », permet d'établir les premières assises théoriques au développement de ce modèle explicatif du changement en matière de droit criminel moderne. Nous allons ici investir plus en détail cette hypothèse provocatrice et tenter de dégager le modèle explicatif du changement ou la théorie de l'évolution qui en découle. Cette hypothèse nous permettra par ailleurs d'établir la pertinence de notre propre recherche et d'isoler certains outils conceptuels utiles pour nos observations empiriques.

1.1 L'hypothèse de la non-évolution du droit criminel moderne

Avant de présenter une esquisse de la théorie de l'évolution formulée par Pires, théorie à laquelle nous faisons ici certaines contributions, il est nécessaire d'introduire quelques remarques préliminaires sur le problème que peut représenter l'observation sociologique de l'évolution ou de la « non-évolution » d'un système social particulier. Soulignons néanmoins que le problème de l'observation empirique de l'évolution est très complexe : nous allons par conséquent nous limiter ici à ce qui est strictement nécessaire pour notre propos.

D'un point de vue strictement phénoménologique, les systèmes sociaux sont des entités qui changent constamment. Les structures au temps t ne sont jamais exactement les mêmes au temps $t+1$. Pour parler d'évolution, il ne suffirait donc pas d'observer à un moment donné que l'état d'un système n'est plus le même que ce qu'il a été antérieurement : « on ne peut, explique Forsé, déduire la nature du changement de cette seule observation (sauf à développer des arguments *ad hoc*) » (Forsé, 2000 : 278). Or, si nous identifions le terme *changement* au terme *évolution*, le concept d'évolution prend la forme d'une causalité naturelle : tous les systèmes

sociaux seraient « alors soumis à la loi naturelle ou historique de l'évolution » (Pires, 2002 : 89)⁶.

Ainsi, une théorie sociologique de l'évolution devrait pouvoir distinguer entre changement et évolution, sans quoi, à travers elle, nous serions amenés à tout concevoir comme une forme d'évolution et nous serions par le fait même incapables d'observer l'autre face de la distinction, c'est-à-dire la « régression » ou la « non-évolution ». En d'autres termes, sans cet investissement conceptuel, la notion d'évolution serait une notion sans distinction et donc inutile à l'observation empirique⁷.

Par conséquent, nous allons tout d'abord distinguer entre évolution et changement. Ensuite, le concept d'évolution sera réservé, comme nous invite à le faire la théorie des systèmes, à l'observation des transformations *dans les structures internes* des systèmes⁸ : nous n'allons donc pas tenter de voir en même temps l'évolution de l'environnement et celle d'un système qui se différencie de cet environnement. Évidemment—et ces remarques deviendront plus claires dans le point suivant—ce n'est pas tout changement dans les structures internes du système qui produit des « acquis évolutifs » (Luhmann). Enfin, pour observer empiriquement l'évolution, nous allons retenir une typologie permettant de concevoir trois possibilités : l'évolution (au sens strict), la régression et l'indifférence à l'évolution (ou encore la « non-évolution »). Dit autrement, il faut être en mesure de problématiser, sur le plan de l'observation, la nature des changements : innovateurs,

⁶ Pires reprend ici des remarques faites par Luhmann.

⁷ Cette remarque vaut autant pour l'observation sociologique que pour toute autre forme d'observation. Il est en effet impossible d'observer quoi que ce soit sans faire de distinctions. Si nous pouvons observer les objets qui nous entourent, les reconnaître et les nommer, c'est bien parce que nous sommes en mesure de les distinguer des autres objets présents dans l'environnement.

⁸ Voir Luhmann et De Giorgi (1992 : 203) et les observations de Nobles et Schiff (2004 : 27).

redondants ou régressifs. En d'autres termes, si l'évolution implique nécessairement le changement, l'inverse ne vaut pas; le changement n'implique pas en soi l'évolution. L'activité législative en matière de droit criminel introduit constamment des changements au niveau des normes de comportement, mais peut-on, à partir de ces changements, parler d'évolution du système? Quel statut donne-t-on au non-changement? Que fait-on, par exemple, de la cristallisation des normes de sanction?

En somme, pour juger de l'évolution, de la régression ou de la « non-évolution », le sociologue doit d'abord et avant tout « se donner un état théorique de référence » (Forsé, 2000 : 278). En outre, par rapport spécifiquement au système de droit criminel, la théorie de l'évolution à laquelle nous faisons ici référence—celle de Pires (2002)—a proposé de distinguer une zone (ou champ) qui serait névralgique (ou nucléique) du point de vue de l'évolution interne du système par opposition à des zones dites non névralgiques (ou non nucléiques). Nous aimerions proposer, pour comprendre cette théorie de l'évolution et l'attacher explicitement à la théorie des systèmes, le schéma d'observation suivant.

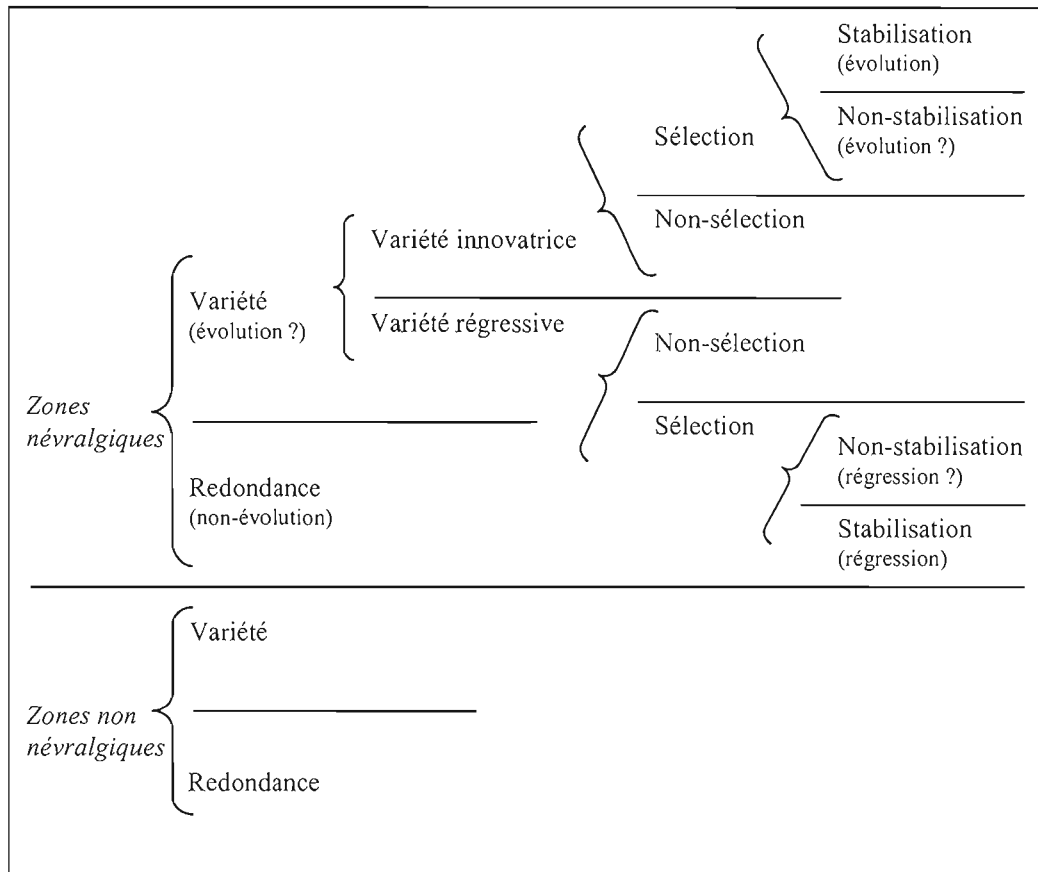


Figure 1.1 Schématisation d'une théorie de l'évolution des structures internes du système et ses attaches à la théorie des systèmes sociaux.

Ce schéma introduit une distinction directrice postulant que dans les structures d'un système social, certaines zones sont d'une importance capitale (zones névralgiques) pour l'observation de l'évolution identitaire du système, tandis que d'autres zones sont à cet égard sans importance⁹ (zones non névralgiques).

⁹ Attention de ne pas interpréter « sans importance » dans l'absolu. Ces changements sont sans importance *exclusivement du point de vue de l'observation de l'évolution*. Ils peuvent être extrêmement importants, par exemple, du point de vue de la préservation des liens sociaux, de la protection des libertés individuelles, etc. La théorie de l'observation de l'évolution ne se positionne que par rapport à l'observation de l'évolution. D'autres considérations peuvent être introduites dans l'analyse, mais il faudra alors mobiliser une autre théorie ou d'autres distinctions.

Dans la face des zones non névralgiques, la théorie permet d'observer des changements qui peuvent être aussi innovateurs, régressifs ou redondants, mais dans tous ces cas, ils ne sont pas stratégiques pour l'évolution. On doit cependant laisser ouverte la possibilité que quelques cas limites où qu'un type particulier de changement dans la zone non névralgique puisse contribuer à l'évolution du système. Nous pensons ici particulièrement à certains changements dans les structures cognitives. Par exemple, dans le cas du droit criminel, Pires¹⁰ suppose que cela peut arriver si la doctrine du droit criminel commence à construire des autoportraits identitaires du système qui ne sont pas centrés sur la punition ou le *type* de sanction.

Dans la face des zones névralgiques, la théorie permet d'observer de la même manière les innovations et les redondances : les redondances demeurent non significatives sur le plan de l'évolution (« non-évolution »); les innovations sont significatives, mais elles ne nous permettent pas encore d'affirmer l'évolution—d'où l'indication dans le schéma montrant que la théorie doit encore tracer d'autres distinctions avant d'affirmer l'évolution.

Ainsi, dans la face des changements qui touchent aux zones névralgiques, il faut pouvoir distinguer d'abord entre variété/redondance et, par la suite, entre les changements qui introduisent une variété innovatrice et ceux qui introduisent une variété dite « régressive ». Les deux formes de variété introduisent un élément inattendu par rapport aux opérations dominantes du système, mais la variété innovatrice, contrairement à la régressive, implique une forme de créativité et d'augmentation de la complexité. La variété régressive n'a pas été traitée de façon systématique dans notre recherche. Elle est pour l'instant simplement retenue à titre

¹⁰ Pires, A. P. (2006), "O que é Preciso Mudar para que o Direito Penal Possa Evoluir?" (« Que faut-il changer pour que le droit criminel puisse évoluer ? »), conférence de clôture au 12^e Congrès international de l'*Institut brésilien de sciences criminelles* (IBCCrim), São Paulo, Brésil, 29 août-1^{er} septembre.

de possibilité théorico-empirique (qui réclame, bien sûr, d'autres précisions). Quoi qu'il en soit, dans un cas comme dans l'autre, on peut parler d'une institutionnalisation faible de la variété, mais on ne peut encore parler ni d'évolution ni de régression : d'autres distinctions doivent être apportées.

Il faut notamment voir si la variété innovatrice ou régressive qui a été introduite retient l'attention d'un certain nombre d'acteurs¹¹ dans le système et s'ils vont fournir ou non une structure (« sélection ») pour accueillir ces variétés. Il faut en d'autres termes pouvoir observer la diffusion de la variété à travers la création d'une structure (formée pour sélectionner la variété) : avec cette structure, ou en s'y référant dans leurs décisions, les acteurs participent à la rétention et à la diffusion de la variété; dans le cas contraire, (en l'absence de structure ou de sélection), la variété peut réapparaître, mais elle n'a pas la force suffisante pour susciter une évolution ou une régression. Certes, qu'il y ait ou non sélection de la variété innovatrice ou régressive, il est, à ce moment, encore trop tôt pour parler d'évolution ou de régression. Les deux questions restent ouvertes. Dans le cas de la non-sélection, on ne peut exclure la possibilité qu'une variété ignorée au temps « t » puisse être valorisée au « t + 1 »; dans le cas de la sélection, nous ne sommes plus au niveau précaire de l'institutionnalisation faible, mais nous ne sommes pas non plus en mesure de parler—à partir de cette sélection—d'une institutionnalisation forte. L'institutionnalisation forte implique la re-stabilisation d'une sélection et sa généralisation. 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.

¹¹ L'« acteur » peut aussi se concevoir comme une organisation; une commission de réforme du droit par exemple.

Remarquons que le modèle théorique proposé met l'accent sur les opérations internes du système. L'environnement est certes important, mais il ne peut d'aucune manière prendre en charge ou contrôler les mécanismes de reproduction du système. L'environnement peut irriter le système, mais le système demeure autonome sur le plan de sa reproduction interne.

Ces précisions étant faites, avançons maintenant avec notre « état théorique de référence » dans l'hypothèse de la non-évolution du droit criminel moderne.

Cet « état théorique de référence » devrait nous permettre de mieux comprendre l'hypothèse que nous propose Pires (2002), mais l'hypothèse devrait également nous permettre de mettre un peu de chair autour de nos distinctions théoriques et de mieux comprendre la théorie de l'observation de l'évolution que nous développons ici.

Le point de départ des considérations relatives à cette hypothèse de non-évolution est donné par le passage du droit criminel de l'Ancien régime au droit criminel *moderne*. Cet arrière-plan nous situe donc dans la période historique des XVIII^e et XIX^e siècles. C'est pendant cette période que la rationalité pénale *moderne* se forme, c'est-à-dire qu'elle prend la forme d'un système de pensée qui servira d'appui aux principaux autoportraits du système de droit criminel moderne (Pires, 2001).

Quantité d'observateurs (internes et externes) du droit ont décrit ce passage comme un « changement de régime » (évolution). Cette terminologie a retenu l'attention de Pires qui, à partir des analyses de ces observateurs, va s'intéresser aux types de transformations sur lesquelles ils ont pu insister pour parler ainsi d'un « changement de régime » en matière de droit criminel.

Les transformations sur lesquelles on insiste concernent autant la structure *normative* (les lois) du droit criminel que ce qui relève davantage de sa structure *cognitive* (le système de pensée). Par structure, il faut entendre *un espace de possibilités opérationnelles*.

Dans la structure d'un système juridique, la dimension normative renvoie à l'ensemble des normes instituées (par le gouvernement et/ou les tribunaux) et utilisées pour conduire le déroulement des opérations systémiques plus rudimentaires, c'est-à-dire à l'ensemble des opérations qui permet au système de se maintenir dans son unité et d'instituer *opérationnellement* une identité qui lui est propre, le différenciant ainsi des autres systèmes sociaux. Nous allons utiliser librement ici la notion de « structures normatives » pour caractériser théoriquement les normes à partir desquelles se déroulent ces opérations plus rudimentaires¹².

Quant à la dimension *cognitive* du droit, elle renvoie plutôt aux « formations discursives » (Foucault, 1969) de la doctrine du droit criminel, à la théorie du droit (criminel) ou aux « artéfacts sémantiques » (Luhmann, 1984) que le droit développe et matérialise sous une forme écrite. La matérialisation de ces points de vue permet d'observer empiriquement—notamment à travers une analyse du discours—comment le système construit des réalités ou donne une *forme* à des mediums tels que le « monde », la « société », l'« individu », la « justice », etc.¹³ Elle

¹² Les opérations créent des structures, mais les structures ne peuvent pas produire des opérations en tant que telles : les structures ne font que définir le cadre des opérations possibles ou admissibles à un moment donné.

¹³ Dans la théorie de la forme chez Luhmann—inspirée de la logique des calculs de George Spencer Brown (1979)—la notion de *medium* représente des éléments couplés avec une certaine souplesse et ouverts à une multitude de connexions qui tenteront d'en fixer le sens; quant à la forme, elle se présente avec beaucoup plus de rigidité, car elle sera toujours une *forme-dans-un-medium*. Par exemple, le medium « Justice » se présente avec une certaine souplesse quant à la détermination de son

permet aussi d'observer les moments où le système se prend lui-même comme objet de *réflexion* pour discourir sur sa fonction, ses propres autoportraits identitaires, ses objectifs et principes fondamentaux, ou encore sur la manière de concevoir sa différenciation vis-à-vis de son environnement. Ces discours réflexifs du droit correspondent à des opérations plus complexes qui chercheront à orienter les opérations rudimentaires dans une direction particulière. Pour les caractériser théoriquement, nous allons utiliser ici la notion de « structures cognitives ».

Sur le plan normatif, et pour revenir aux analyses de Pires, les observateurs du droit ont abondamment insisté sur les changements qui ont été apportés aux normes de sanction et de procédure par opposition aux normes de comportement—les crimes (Pires, 2002 : 90). On insiste en effet sur la disparition des supplices et sur l'émergence de l'emprisonnement comme *peine* alternative (Foucault, 1975). À cette époque, la liste des crimes n'a pas subi de modifications substantielles.

En ce qui concerne les structures cognitives, on observe parallèlement toute une série de transformations dans la manière de voir et de penser le droit criminel et les « sanctions » qui seraient « convenables » pour ce sous-système du droit. Pires conçoit ces transformations comme ayant participé à « la formation d'un nouveau système de pensée » : la rationalité pénale moderne, laquelle s'organise notamment autour des « théories modernes de la peine » et qui donne lieu à des visions identitaires prenant racine dans lesdites théories (Pires, 2002 : 90)¹⁴.

sens (forme). « Justice » n'aura pas nécessairement le même sens pour le droit que pour la philosophie. Nous remercions Alvaro Pires pour avoir attiré notre attention sur ces concepts.

¹⁴ Nous traiterons plus loin dans ce chapitre des dimensions conceptuelles et des idées fortes de la rationalité pénale moderne (section 1.2.1).

À partir de ces considérations, Pires commence à construire son hypothèse de laquelle va découler une théorie de l'évolution du droit criminel moderne.

Pires va emprunter la distinction de Hart entre normes du premier ordre et normes du deuxième ordre¹⁵ pour localiser, en ce qui concerne strictement les structures normatives, le champ nucléaire de l'évolution au niveau des normes du deuxième ordre. Ainsi, si on a pu parler d'un « nouveau régime » en matière de droit criminel aux XVIII^e et XIX^e siècles, ce serait bel et bien parce que, pendant cette période, les réformes ont concerné surtout les normes de sanction (et de procédure) de l'Ancien Régime. Dans les structures normatives du système, ces normes font partie de ce que l'auteur appelle la « zone nucléaire ». Cette zone est « nucléaire » pour au moins deux raisons. D'abord parce qu'elle désigne les champs où l'on trouve les normes qui seraient susceptibles de produire un « changement de régime » dans l'évolution/régression du système de droit criminel. Elle est par ailleurs nucléaire parce que les structures cognitives qui font obstacle à l'évolution du système se réfèrent à cet espace et ont pour effet (à l'interne) de re-stabiliser les normes de sanction de la première modernité. Ces structures cognitives vont alors former un « noyau dur » rendant difficile une décentralisation de la sanction carcérale et une plus grande diversité de sanctions alternatives, notamment de sanctions non afflictives ou non privatives de liberté (Pires, 2002 : 91).

À cet égard, il y a eu ici et là en Occident, et il faut certainement le reconnaître, quelques timides tentatives favorables aux alternatives (surtout pendant la deuxième moitié du XX^e siècle). Illustrons pourquoi ces tentatives sont ici caractérisées comme étant encore « timides » ou simplement émergentes (par opposition à dominantes). Au Canada, on a introduit en 1996 une peine

¹⁵ Sur cela voir Pires (1991-Oñati).

d'emprisonnement avec sursis qui visait à limiter le recours à l'incarcération et à permettre aux juges, sous certaines conditions¹⁶, d'ordonner qu'un accusé reconnu coupable puisse purger sa peine dans la communauté. Les observations de Roberts (2001) montrent que même si plus de 20 000 peines d'emprisonnement avec sursis ont été prononcées par les tribunaux canadiens pour l'année qui a suivi l'introduction de cette mesure *substitutive*, soit 1997-1998, le pourcentage de peines comportant une période d'incarcération est resté le même.

Il ne suffit donc pas de créer une ouverture législative pour que change la manière de penser la détermination des sanctions en droit criminel. On peut intégrer des sanctions alternatives dans la législation, mais encore faut-il se donner à *l'interne* les moyens (structures cognitives) de les valoriser comme de véritables sanctions et non comme des suppléments punitifs ou des mesures exceptionnelles. Ceci nous permet de faire le lien avec l'autre partie du problème qui vient, quant à elle, mettre en cause les structures cognitives du droit criminel moderne.

En considérant l'univers cognitif du droit criminel moderne, en considérant les structures qui se sont stabilisées sous l'influence de son système de pensée dominant, on peut identifier quantité d'idées qui sur le plan sémantique contribuent à la valorisation et à la légitimation des sanctions afflictives¹⁷ et privatives de liberté. Parmi celles-ci, on peut aussi en identifier plusieurs contribuant parallèlement à la dévalorisation voire à l'exclusion des sanctions non afflictives ou non privatives de liberté. Ces idées caractérisent la rationalité pénale moderne.

D'autres idées innovatrices à l'extérieur des trames discursives de la rationalité pénale moderne traversent l'univers cognitif du droit criminel moderne,

¹⁶ Voir article 741 par. 1 du Code criminel du Canada.

¹⁷ « Afflictive » au sens large de produire un mal.

mais ces idées, n'étant pas sélectionnées (par les principales structures cognitives), produisent peu d'effets sur l'évolution de régime du système. Elles restent très souvent des variétés locales et marginalisées. Elles sont par ailleurs isolées les unes des autres, traitées comme des anomalies, comme des « dés-ordres » (Tabatoni, 2005 : 2) plutôt que comme des sources de contestation, d'apprentissage et d'engagement vers de nouvelles manières de faire et de penser. Dans de telles conditions, les acteurs du système peuvent difficilement les concevoir comme des idées participant à l'émergence d'un système de pensée alternatif juridiquement valable en matière de droit criminel.

Autour de la cristallisation des normes de sanction et de l'absence de créativité cognitive, nous délimitons un « cadre stable » qui prend le statut de cadre *dominant* par rapport au problème de l'évolution. Ce « cadre stable », c'est en même temps, dans notre schéma de l'observation de l'évolution, ce que nous avons appelé la « zone névralgique » (ou nucléique), la zone capitale pour l'observation de l'évolution. L'hypothèse de la « non-évolution » du droit criminel moderne s'articule autour de cette zone. Si ce sont effectivement les changements apportés à ces structures normatives et cognitives qui ont permis aux XVIII^e et XIX^e siècles l'émergence d'une nouvelle identité juridico-pénale proprement moderne, depuis, l'absence de changement peut en effet théoriquement se concevoir comme une « non-évolution » du droit criminel moderne.

Quant à la théorie de l'évolution qui en découle, elle présuppose un lien fort entre, d'une part, les conditions d'évolution du système de droit criminel moderne et, d'autre part, la transformation des structures normatives relatives aux normes de sanction, la transformation des structures cognitives actuellement dominées par la rationalité pénale moderne et la transformation des autoportraits identitaires dominants du droit criminel.

La théorie permet ainsi de problématiser les structures internes du système et de mettre en relief les structures normatives et cognitives « névralgiques ». En ce qui a trait à l'ordre chronologique des changements à apporter, la théorie n'est pas prescriptive, mais laisse plutôt à l'empirie le soin d'actualiser les possibilités qui s'offrent à la réforme : une possibilité pourrait être d'actualiser l'évolution à partir de la transformation du système de pensée vers une reconfiguration cohérente des normes de sanction; une autre possibilité pourrait plutôt voir l'évolution s'actualiser à partir de la transformation des normes de sanction vers une adaptation subséquente de l'ordre cognitif. Ce sur quoi la théorie insiste, ce n'est pas tant sur la détermination des catalyseurs, mais bien sur les conditions de l'observation de ce qui serait hypothétiquement significatif ou non sur le plan de l'évolution.

À partir de cette théorie, nous pouvons définir plus clairement notre propre objet de recherche. Cette recherche porte sur les conditions de possibilité, la place et les contributions éventuelles d'une commission de réforme du droit sur le plan de l'émergence des idées innovatrices et de la formation d'un système de pensée alternatif en matière de droit criminel. Les idées qui retiendront plus particulièrement notre attention porteront sur les normes de sanction de même que sur les principes et objets fondamentaux du droit criminel moderne (zone névralgique). Nous nous attarderons donc à problématiser les implications théoriques et pratiques des idées de la Commission Ouimet en référence aux trames discursives dominantes de la rationalité pénale moderne.

L'hypothèse qui fonde toute la pertinence de notre recherche est la suivante : pour penser l'évolution du système de droit criminel, les changements apportés à la loi pénale sont certes importants, mais il faut aussi pouvoir observer des changements corollaires dans l'« esprit » de la loi, c'est-à-dire observer la mise en forme de principes d'application nouveaux, des concepts nouveaux, des théories nouvelles et pouvant, sur le plan cognitif, nous libérer du connu et ouvrir d'autres

options que celles qui ont été usuellement privilégiées à travers le système de pensée de la rationalité pénale moderne. Sans cet apport cognitif, l'hypothèse suggère en outre que les percées purement législatives, sans références et appuis cognitifs spécifiques, auront surtout tendance à être récupérées par les logiques du système de pensée dominant, sinon mises à l'écart ou circonscrites dans des opérations plus marginales (Pires, 1991).

Dans le cas de la Commission Ouimet, l'avènement d'une « formation discursive » (Foucault, 1969) prônant la modération et l'intervention en dernier ressort soulève plusieurs questions sur le plan de l'émergence des idées. Comment un tel discours a-t-il pu s'immiscer à l'intérieur des frontières communicationnelles d'un système social qui, à bien des égards, s'était surtout démarqué par une tendance forte à l'incrimination et à la pénalisation (Carbonnier, 1972 ; Pires et al., 2001)? Des savoirs non juridiques externes auraient-ils contribué à la mise en forme de ce discours dissonant? Et si tel était le cas, de quels types de savoirs s'agissait-il? Quels ont été les différents points de vue véhiculés à travers eux? Comment se sont articulés les « échanges » entre ces savoirs et la Commission Ouimet? Quelle part de l'explication pourrait-on aussi attribuer la Commission Ouimet elle-même? De façon générale, les commissions de réforme du droit seraient-elles mieux disposées que ne le seraient le Parlement et les tribunaux sur le plan de la créativité? Quelles seraient alors, dans ces organisations, les ressources pouvant favoriser l'émergence du nouveau en matière de droit criminel moderne?

Notre étude devrait par ailleurs nous permettre de rencontrer les formes de résistance qu'exerce la rationalité pénale moderne sur l'innovation cognitive en matière de droit criminel. Ces résistances sont en effet hautement probables. Comme l'explique Alter, « l'innovation butte toujours sur l'ordre organisationnel, avant de le transformer » (Alter, 2005 : 66). L'émergence de l'innovation n'est pas un processus d'apprentissage passif : l'innovation implique « des blessures et des replis

identitaires, signes d'une incapacité à changer...» (Ibid : 3). À cet égard, la question ne sera pas tant d'expliquer *pourquoi* toute cette résistance aux alternatives—la question du « pourquoi » étant trop souvent portée vers l'ontologie, vers des analyses téléologiques postulant généralement une « raison » d'être ou une finalité métaphysique—mais bien de comprendre *comment* s'exerce cette résistance dans les discours des interlocuteurs de la Commission et dans celui de la Commission elle-même.

1.2 L'outillage conceptuel

Avant de pouvoir opérationnaliser cette recherche, il nous faut encore définir plusieurs concepts-clés que nous avons jusqu'ici laissés librement flotter. Nous définirons d'abord la pièce maîtresse : la rationalité pénale moderne. Nous traiterons ensuite de la notion d'innovation cognitive en matière de droit criminel. Nous aborderons finalement la notion de « Commission de réforme » et la manière de concevoir les limites de son rôle et de sa contribution sur le plan de l'évolution du droit criminel moderne.

1.2.1 Le concept de rationalité pénale moderne

Le concept de rationalité pénale moderne joue un rôle central dans la réalisation de cette recherche¹⁸. En effet, sur le plan théorique, une fois bien cerné, il nous servira de cadre de référence pour la conceptualisation d'une autre notion-clé,

¹⁸ Le Laboratoire de recherche de la *Chaire de recherche du Canada en Traditions juridiques et rationalité pénale*, dirigé par Alvaro Pires (titulaire), est présentement en train de revoir le concept de rationalité pénale moderne. La tâche ne remet absolument pas en cause la validité du concept, mais consiste plutôt à travailler l'articulation, dans ce système de pensée, entre les théories de la peine dites « classiques » qui sont indifférentes à l'inclusion sociale (rétribution, dissuasion, dénonciation, etc.) et la théorie de la réhabilitation de la première modernité.

celle de l'innovation cognitive susceptible de contribuer à l'évolution en matière de justice pénale moderne. Sur le plan méthodologique, il nous servira aussi d'arrière-plan pour distinguer, dans le discours de la Commission Ouimet, les idées qui s'inscrivent en marge de la trame discursive dominante de celles qui au contraire font écho à ce que cette même trame valorise. Un examen subséquent nous permettra d'établir, en fonction des critères d'évaluation théoriques que nous aurons préalablement dégagés, si les idées marginalisées que nous aurons repérées peuvent ou non être considérées innovatrices¹⁹.

Avant d'entrer dans les considérations plus théoriques, voyons d'abord dans quel contexte ce concept a été construit.

1.2.1.1 Contexte d'émergence et de conceptualisation

Le concept de rationalité pénale moderne a été développé par Pires pour cerner théoriquement les grandes idées philosophico-juridiques véhiculées et valorisées dans l'univers de sens du droit criminel moderne.

Pires reconnaîtra aux réformateurs des XVIII^e et XIX^e siècles, comme Beccaria, Bentham, Kant et Hegel, une influence importante sur la formation de ce discours. Plusieurs des idées promues par ces « penseurs de justice » auront en effet été sélectionnées, sans doute reformulées ou adaptées, mais en tout cas certainement stabilisées dans les structures *cognitives* du droit criminel moderne.

¹⁹ Une idée s'inscrivant en marge de la rationalité pénale moderne n'est pas nécessairement *innovatrice*. Le caractère marginal ou non d'une idée relève d'une première évaluation, le caractère innovateur est une condition plus exigeante sur le plan théorique et procède donc d'une seconde évaluation.

Il faut sans doute se rappeler ici que les XVIII^e et XIX^e siècles marquent l'« époque des grands « scandales » pour la justice traditionnelle » (Foucault 1975 : 14). Si tout ordre juridique possède son propre potentiel de répression, quelle qu'en soit sa forme, certaines formes offrent de meilleures protections que d'autres contre les abus de pouvoir, de meilleures garanties contre la violation des libertés individuelles. Ici, ce qui caractérisait le droit de l'Ancien Régime, c'était justement cette absence de protection pour le gouverné. Devant la justice du Souverain, on le retrouvait dans une position de précarité et de vulnérabilité totale (Nonet et Selznick, 1978 : 29).

À partir du milieu du XVIII^e siècle, il devenait de plus en plus pressant de penser le changement. On s'insurgeait alors contre la justice répressive du Souverain, contre son moralisme légal, contre la barbarie de ses châtiments, contre ses abus de pouvoir, contre le caractère arbitraire et secret des procédures. La forme juridique ne convenait plus. L'idéal de justice devait être revu et corrigé. Autant les normes de procédure que les normes de sanction devaient être repensées dans des formes plus respectueuses de la dignité humaine et de l'intégrité des personnes.

C'est dans ce contexte que vont naître plusieurs grands débats de fond sur la manière de « faire justice » en Occident. Plusieurs projets de réforme seront mis sur pied afin d'établir les nouvelles structures normatives et cognitives du système de droit criminel. Partout où elles le peuvent, les idées de la rationalité pénale moderne s'immiscent dans la réflexion. Elles s'entrechoquent sur plusieurs points, s'accordent sur plusieurs autres, mais elles se renvoient les unes aux autres et prennent finalement la forme d'un « système de pensée » (Foucault, 1969). À l'époque, même si un grand nombre de ces idées considérées individuellement sont anciennes, l'organisation de ce système de pensée est « nouvelle » (ce système n'existait pas auparavant). Ce système de pensée occupera une place dominante en matière de sanctions et dans la construction des autoportraits identitaires du système.

La rationalité pénale moderne n'est évidemment pas la seule formation discursive à avoir pénétré l'espace cognitif du droit criminel moderne²⁰, mais du point de vue de l'évolution interne et de la vision identitaire du système, elle sera centrale et dominante, stratégiquement bien outillée pour reléguer le plus loin possible dans la périphérie toute autre formation discursive alternative.

Une fois confortablement établie au centre, elle aura un impact majeur sur les opérations de *réflexion*²¹ du système. En d'autres termes, elle sera en position de jouer un rôle déterminant dans la manière dont le système de droit criminel va concevoir son identité, dans la manière par laquelle il va revendiquer sa différence par rapport au système de l'Ancien Régime de même que par rapport aux autres sous-systèmes de droit (droit civil, droit administratif) ou de la société moderne. À travers elle, le système de droit criminel adopte une représentation particulière de ce qu'il conçoit être sa fonction et ses objectifs. La rationalité pénale moderne institue, en somme, à l'intérieur même des frontières communicationnelles du droit criminel moderne, un point de vue sur le système, des « auto-descriptions » identitaires, et les met à la disposition des autres systèmes de sens (sociaux et psychiques).

Dans ce qui suit, nous allons tenter de dégager les principales caractéristiques ou dimensions conceptuelles de cette rationalité. Nous abordons la rationalité pénale moderne dans sa dimension *systemique* (1.2.1.2). Nous abordons

²⁰ La justice des mineurs a été construite à partir d'un autre système de pensée. Récemment, *quelques grandes idées* de ce que l'on appelle la « justice réparatrice » s'inscrivent en marge de la rationalité pénale moderne.

²¹ Nous reviendrons sur cette notion dans la section sur *la notion de commission de réforme du droit* (1.2.3), mais pour l'instant, précisons tout simplement qu'il ne faut pas confondre cette notion avec celle de *réflexivité* qui est un concept moins exigeant que celui de *réflexion*. Alors que la réflexivité se caractérise par le retour d'une forme sur elle-même, la réflexion implique certes cette routine élémentaire, mais elle inclut aussi une rationalisation sur ce retour, la formation d'un discours ou d'un point de vue du système sur lui-même. Voir Luhmann (1984 : 455 - 477).

également les théories modernes de la peine qu'elle valorise (1.2.1.3). Nous mettrons par ailleurs en évidence la rationalité pénale comme « vision identitaire » et comme idéologie de clivage (1.2.1.4) entre le droit criminel et les autres sous-systèmes du système juridique occidental.

1.2.1.2 La dimension systémique de la rationalité pénale moderne

Pour représenter théoriquement l'ensemble des discours mobilisés par la rationalité pénale, Pires va emprunter à Foucault (1969) la notion de « système de pensée »²². Cette notion permet de souligner trois aspects importants de la rationalité pénale moderne : son aspect de structure cognitive qui s'auto-distingue des autres systèmes de pensée; son extériorité par rapport aux consciences individuelles des acteurs et son aspect « trans-politique ».

Par rapport à la rationalité pénale moderne comme structure cognitive, Pires veut insister ici non pas uniquement sur ce qui distingue les théories modernes de la peine les unes par rapport aux autres, mais aussi sur ce qui permet de les rassembler à l'intérieur d'une même structure cognitive. On a beaucoup insisté sur les points de divergence entre ces théories modernes de la peine, mais il faut aussi reconnaître leurs points de convergence. En ce sens, le système de pensée de la rationalité pénale moderne rassemble certes des idées et des théories de l'intervention qu'on a usuellement considérées être en compétition les unes par rapport aux autres

²² Plutôt que de parler d'un système de pensée, on aurait pu ici utiliser la notion d'idéologie, mais il aurait alors fallu multiplier les mises en garde car la rationalité pénale moderne n'implique absolument pas l'idée de « fausse conscience » à laquelle peut facilement renvoyer—sous l'influence de la conception marxiste—la notion d'idéologie (Bourdieu et Martin, 1997 : 294). Si on devait heuristiquement mobiliser la notion d'idéologie, la rationalité pénale moderne pourrait alors se rapprocher de l'« idéologie d'époque », au sens *total* de Mannheim (1956 : 43).

(Pires, 1994 : 9-10; 1998 : 13-16), mais il rassemble aussi tous les « points en commun » qui les rattachent les unes aux autres.

Quant au deuxième aspect, Remouchamps et Tilman (1991 : 6) diront que « le conformisme est souvent de mise dans la vie ordinaire de nos organisations ». Si tel est le cas, la rationalité pénale moderne a sans doute quelque chose à voir avec le conformisme des acteurs participant aux organisations du droit criminel. À travers la rationalité pénale, règle générale, c'est surtout l'institution qui « conditionne » (Douglas, 1999) les choix des individus—et non les individus qui conditionnent les choix de l'institution.

En effet, lorsque les acteurs empruntent les « réseaux de sens » de la rationalité pénale moderne, lorsqu'ils lui servent donc de support à la communication, ils se convertissent alors à une certaine vision du monde, à celle soutenue par ce système de pensée. Ils se trouvent encouragés, pour ne pas dire « prédestinés », à penser les situations-problèmes et leurs solutions d'une manière qui soit conforme à la vision du système de pensée.

Le système de pensée de la rationalité pénale moderne n'est pas, dans la société moderne, la seule façon de penser les situations-problèmes thématiques et traitées par le droit criminel. Une telle situation d'exclusivité serait en effet peu probable dans une société moderne qui se caractérise par la multiplication de ses foyers de cognition psychiques et sociaux (Teubner, 1989). Dans une telle société, il est en effet toujours possible d'emprunter d'autres canaux de communication pour penser les choses autrement. Les thèmes du droit criminel moderne ne font pas exception. Mais le système de pensée de la rationalité pénale moderne demeure

néanmoins totalisant au sens où la pensée qui s'engage dans ses « réseaux de sens »²³ éprouve énormément de difficultés à reconnaître les alternatives.

Une fois la pensée engagée dans les trames discursives de la rationalité pénale moderne, tout se présente comme si les autres possibilités offertes par les autres systèmes de pensée n'existaient plus ou ne valaient plus. Dès qu'on conjugue une situation problème particulière avec la sémantique de la rationalité pénale moderne, elle nous prend par la main au carrefour des solutions : elle voile tout ce qui se trouve dans son environnement et laisse ouverte et visible ce qui se trouve en elle-même. On peut sentir toute la puissance de son influence à simplement s'imaginer au carrefour des solutions possibles avec un problème défini dans les termes d'« homicide », de « voies de fait » ou de « vol ». Il nous est alors difficile de penser l'intervention du droit criminel en termes d'alternatives. Les solutions nous paraissent évidentes, elles sont *pénales* et axées au premier plan sur une indifférence à l'inclusion sociale. En somme, comme le faisait à juste titre remarquer Pires, « c'est quand nous essayons de penser *autrement* que nous prenons conscience de l'emprise de ce système [de pensée] sur notre façon de voir les choses » (Pires, 2001 : 181).

On a beau critiquer la prison, critiquer l'inefficacité des modes d'intervention pénaux depuis plus de deux cents ans, la pensée reste prisonnière de ce que valorise la rationalité pénale moderne et les alternatives demeurent exclues, sinon, fortement balisées dans la marge. À cet égard, ce qu'observait déjà Francis Bacon au XVII^e siècle s'applique à ce que la rationalité pénale nous permet d'observer en matière de droit criminel :

²³ En s'inspirant des propos d'Yves Barel (1983 : 470 et 471) sur la notion d'idéologie « invisible », on peut dire ici que ce qui circule à travers cette forme d'idéologie—si on tient à parler d'idéologie—ce n'est pas uniquement ce que Marx appelait le récit idéologique, c'est aussi, et peut-être même surtout, le *mode de production* de l'idéologie.

L'entendement humain, une fois qu'il s'est plu à certaines opinions (parce qu'elles sont reçues et tenues pour vraies ou qu'elles sont agréables), entraîne tout le reste à les appuyer et à les confirmer ; si fortes et nombreuses que soient les instances contraires, il ne les prend pas en compte, les méprise, ou les écarte et les rejette par des distinctions qui conservent intacte l'autorité accordée aux premières conceptions, non sans présomption grave et funeste (Bacon, 1620 : 113).

Confinée dans les cachots conceptuels de la rationalité pénale moderne, la pensée a tendance à devenir « pathologique » c'est-à-dire à « enfermer la réalité dans un système [de pensée] cohérent » en portant « une attention sélective sur ce qui favorise notre idée et une inattention sélective sur ce qui la défavorise » (Morin, 1990 : 94-95). Une pensée « pathologique » est une pensée fondamentalement non créative, « non évolutive ».

Mais les acteurs sont-ils impuissants devant l'autonomie de la rationalité pénale moderne? Est-il impossible de la transformer?

L'acteur peut parfois traiter *le même* comme différent (Luhmann, 1993 : 28), c'est-à-dire utiliser les ressources existantes d'une manière différente et « développer » quelque chose d'autre (Schumpeter, 1961 : 68)²⁴, quelque chose de qualitativement nouveau. Mais s'il entre dans le système de pensée, il aura surtout tendance à respecter l'ordre établi par la rationalité pénale moderne.

²⁴ Le « développement » pour Schumpeter consiste en des changements qui ne sont pas induits par des forces externes, mais qui émergent plutôt de l'intérieur, « from within » (Schumpeter, 1961 : 63). En ce sens, « development consists primarily in employing existing resources in a different way, in doing new things with them » (Ibid, 1961: 68). Cette idée est d'ailleurs aussi reprise par Luhmann qui lui fait jouer un rôle central dans sa définition de l'autopoïèse. Pour Luhmann, les systèmes autopoïétiques sont « des systèmes qui utilisent leur propre output comme input » (1997 : 16). Le changement ou le « développement »—pour reprendre les termes de Schumpeter—demeure possible dans la mesure où les « outputs » peuvent être reconfigurés autrement et donner lieu à des « inputs » originaux.

Nous ne sommes cependant pas en train de suggérer ici que les acteurs d'un système organisé soient complètement déterminés par les rationalités systémiques qui les entourent et qu'ils ne vont pas parfois tenter de contourner les obligations formelles de l'organisation en accord avec ce système de pensée. Nous reconnaissons avec Crozier et Friedberg qu'indépendamment de la rigidité du cadre institutionnel dans lequel se situe l'acteur, « l'homme garde toujours un minimum de liberté » (Crozier, Friedberg, 1977 : 42). Cette liberté existe, certes, mais en même temps, il faut reconnaître que « les acteurs ne sont jamais totalement libres et que d'une certaine manière ils sont "récupérés" par le système officiel » (Ibid : 44). En d'autres termes, les modes de pensée institutionnels agissent sur les acteurs et balisent leurs choix individuels.

Si les choix individuels des acteurs auront ainsi tendance à se laisser baliser par la rationalité pénale moderne, une tendance ne définit qu'une règle générale et n'élimine pas la contingence ou les exceptions. Il faut voir ici qu'un système de pensée institutionnel ne peut jamais se reproduire sans la participation des acteurs : les acteurs lui servent de supports communicationnels²⁵. En ce sens, toute la reproduction de la rationalité pénale moderne repose sur un rapport de dépendance envers les acteurs.

Les acteurs peuvent ainsi avoir une prise sur le « devenir » de la rationalité pénale moderne. Ils peuvent éventuellement être amenés à jouer un rôle important sur le plan de la transformation de ce système de pensée et servir les intérêts de *la créativité cognitive* : les critiques et les éléments de discours « nouveaux » que les acteurs mettent en relation avec elle peuvent parfois retenir l'attention du droit. Le droit peut les considérer sérieusement, les intégrer dans ses

²⁵ Pour établir ce renversement de paradigme, nous nous sommes inspirés de la « nouvelle » génération de la théorie des systèmes sociaux développée par Luhmann, Teubner et d'autres.

opérations de reproduction autoréférentielles, les stabiliser dans de nouveaux réseaux de communication, modifiant au temps « t' » la configuration du système de pensée telle qu'on avait pu l'observer au temps antérieur « t ». Il faut toutefois rester prudent dans l'analyse : ce ne sont pas les intentions subjectives des acteurs qui modifient l'ordre établi par la rationalité pénale moderne, mais bel et bien les opérations de reproduction du droit. L'acteur stimule, le système social ignore ou transforme et, en tout temps, exerce son autonomie.

La perspective théorique à l'intérieur de laquelle nous nous inscrivons n'exclut donc pas la contribution possible des acteurs dans la transformation de la rationalité pénale moderne. Mais lorsque l'acteur agit comme « entrepreneur » de sens nouveau (Schumpeter, 1961 : 78)²⁶, c'est généralement dans un contexte organisationnel particulier; un contexte favorisant lui-même la libre pensée, mais plus encore, un contexte exigeant en soi un retour sur les idées admises, une remise en question fondamentale de l'ordre établi. Ce genre de remise en question nous paraît plus difficile à organiser dans le cadre des opérations qui caractérisent les activités « régulières » du Parlement ou du tribunal. Reste à voir si les commissions de réforme du droit peuvent quant à elles favoriser davantage de créativité et permettre l'émergence des idées innovatrices.

Si la rationalité pénale moderne est (encore) le système de pensée dominant du droit criminel moderne *sur les sanctions* et s'il est (encore) celui qui gouverne ses principaux autoportraits identitaires, il n'est pas uniquement l'affaire de la magistrature ou de la doctrine pénale. La rationalité pénale moderne transcende les réseaux de communication du système de droit criminel organisé et peut être

²⁶ Pour Schumpeter, « entrepreneur » est une caractéristique individuelle qui se manifeste lorsqu'un individu se sert de ce qui existe déjà, pour développer de nouvelles combinaisons : « everyone is an entrepreneur only when he actually "carries out new combinations" » (Schumpeter, 1961 : 78). En d'autres termes, est « entrepreneur » celui qui pour un temps donné s'engage dans des opérations de « développements » (voir note infra 17).

actualisée par d'autres circuits de communication, comme ceux des gouvernants, de l'administration de la justice et du public²⁷. Cette hypothèse a d'ailleurs été empiriquement vérifiée par Pires, Cellard et Pelletier (2001).

Leur recherche démontre, en effet, qu'entre 1892 (année de fondation du Code criminel canadien) et 1927, 94% de toutes les demandes faites par le grand public canadien pour modifier le Code criminel revendiquaient de nouvelles incriminations ou une plus grande sévérité de la sanction pénale²⁸.

Les fondements cognitifs justifiant les demandes sur les normes de sanction reprennent presque toujours implicitement ou explicitement les idées fortes de la rationalité pénale moderne. Ces idées « contagieuses »²⁹ caractérisent autant l'orientation politique du demandeur plus « progressiste » que celle du demandeur « conservateur ». Pires remarque à cet effet que :

[...] des individus, groupes et mouvements sociaux qui ne sont pas à proprement parler conservateurs peuvent alors, sans contradiction à leurs yeux, demander une plus grande sévérité des peines ou s'opposer à tout adoucissement de peines, voire aux sanctions alternatives » (Pires, 2001 :186).

²⁷ On peut donc s'attendre à la retrouver dans le discours des interlocuteurs de la Commission Ouimet (Chapitre IV).

²⁸ Depuis, la recherche s'est poursuivie au-delà de 1927. Le travail empirique jusqu'à 1954 est terminé et n'indique aucun changement significatif dans la tendance décrite entre 1892-1927. Le travail empirique pour la période 1954 à nos jours est en cours; là non plus, aucun changement significatif n'est attendu.

²⁹ Nous empruntons cette expression à Sperber (1996). Dans son livre intitulé la *Contagion des idées*, Sperber montre comment les idées peuvent se propager de proche en proche à mesure qu'elles sont transmises par les individus qui les reçoivent. Il explique en outre que « certaines idées [...] se propagent si bien que, sous différentes versions, elles envahissent des populations entières de façon durable » (Sperber, 1996 : 8).

Cette recherche met en évidence l'aspect « trans-politique » de la rationalité pénale moderne (Pires, 2001 : 186). Que nous nous définissions comme étant de « gauche » ou de « droite », « progressiste » ou « conservateur », ces distinctions auront tendance à perdre de leur pertinence en matière de *théories* de la peine. La rationalité pénale moderne colonise les deux faces de la distinction. Des mouvements sociaux qui se portent par exemple à la défense des droits humains, des droits des enfants, des droits des handicapés, etc., auront tendance à revendiquer plus d'incriminations et des peines plus sévères contre les délinquants; rarement vont-ils mobiliser les droits humains pour revendiquer moins d'incriminations et moins de sévérité contre les humains délinquants³⁰.

Mais entrons maintenant dans le contenu. Quelles sont les idées fortes de cette rationalité pénale moderne? Qu'est-il accessible et non accessible à l'entendement lorsque nous empruntons les réseaux de sens stabilisés par ce système de pensée dominant? Comment se présentent les situations-problèmes et leurs solutions lorsqu'elles sont conçues du point de vue de la rationalité pénale moderne? Comment s'auto-décrit concrètement le système de droit criminel lorsqu'il se voit à travers le spectre de ce système de pensée? Comment ce système de pensée se représente-t-il le délinquant? Comment les fondements du droit de punir sont-ils pensés? Comment les sanctions non carcérales sont-elles représentées?

³⁰ Voir à ce sujet Garcia (2007), Pires et Garcia (2007).

1.2.1.3 Rationalité pénale moderne et théories de la peine

Il sera essentiellement question ici des théories modernes de la peine : de la théorie de la rétribution, de la théorie de la dissuasion et de la théorie de la réhabilitation.

Pour faciliter la mise en comparaison des éléments centraux de chaque théorie, nous allons présenter brièvement l'une et l'autre en ciblant essentiellement notre propos sur quatre conceptions générales : (1) une conception de l'homme; (2) une conception de la légitimité de l'intervention pénale; (3) une conception de la peine, de ses pouvoirs, de ses objectifs et de ses limites; et finalement (4) une conception du conflit.

La théorie de la rétribution est « fondamentale pour éclairer certains aspects de la rationalité pénale contemporaine » (Pires, 1998 : 147). Associée dans sa version moderne et laïcisée par la pensée d'Emmanuel Kant, cette théorie de la peine est fondée sur un vieux principe d'ordre religieux et moral qui réclame l'infliction d'un mal-de-souffrance comme un remède pour restaurer un mal moral (péché, crime) causé par le passage à l'acte délinquant. Le châtement (sanction du droit criminel) *doit* faire souffrir ou donner l'impression qu'il fait souffrir. L'expiation du mal généré par l'adoption d'un comportement juridiquement contraire à la législation criminelle passe par l'expérience de la souffrance. Le mal ne se guérit que par le mal, conçu au départ comme un mal *physique* ou psychique (humiliation, etc.). Le premier mal, contraire à l'idée de justice, est un mal illégitime qui exige un second mal, un mal expiateur du mal illégitime et donc philosophiquement pensé comme le seul mal pouvant assurer, en toute légitimité, le « salut public » (Kant, cité dans Khodoss, 1968 : 177) ou le rétablissement de la justice.

L'objectif visé ici est un objectif abstrait : « le salut public », ou encore une certaine idée de justice. La poursuite d'objectifs se situant au-delà de l'infliction d'un mal proportionné au mal pratiqué n'est pas pertinente pour la théorie rétributiviste, ou du moins ne doit pas affecter la détermination de la peine. Par exemple, on ne doit pas chercher, par la peine, à produire un résultat utilitaire (dissuader ou réhabiliter). Ce qui importe, comme le dit Pires (1998 : 167) en résumant l'idée de Kant, c'est de « punir pour punir ou, si l'on préfère, payer le mal par le mal, c'est-à-dire rétablir la moralité et la justice par la souffrance du coupable ». En ce sens, poursuit Kant, « la peine [...] ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit uniquement lui être infligée, pour la seule raison qu'il a commis un crime » (Kant, cité dans Pires, 1998 : 167).

Le medium « droit de punir » prend un sens particulier dans la théorie rétributiviste de Kant. Il ne s'agit pas d'une simple *autorisation* à punir sous certaines conditions, mais bien d'une véritable *obligation* de punir, une obligation *morale* (Pires, 2001 : 199).

Dans la rigidité de ce raisonnement, que l'individu répare le tort qu'il a causé à un autre ou que la victime pardonne à son agresseur, ces modes alternatifs de résolution de conflits et d'affirmation positive de la norme de comportement ne changent strictement rien à l'obligation morale de punir du droit criminel et de l'État. À la limite, la bonne entente ou la paix entre les parties concrètement impliquées dans le conflit n'est pas l'affaire du Souverain ni celle de l'État. Ce qui relève directement de la juridiction du Souverain ou de l'État, c'est la responsabilité de préserver et de rétablir la justice par l'infliction d'un mal proportionné.

Il y a ici deux idées-clés : « la première est que la punition est la *seule* façon d'effacer le mal causé et de rétablir la justice. [...] La deuxième est que, dans la

perspective d'une théorie pénale rétributive, seule la peine [afflictive], dans le cadre exclusif de la justice criminelle, peut rétablir la justice : *tout le reste* relève de la notion d'impunité » (Pires, 1998 : 165; notre souligné). Toute autre forme, juridique ou non, de contrôle social et tout autre moyen de pacifier les rapports sociaux seront dévalorisés par la théorie de la rétribution.

La théorie rétributiviste entretient par ailleurs un rapport de correspondance horizontale entre la nature de l'infraction et la nature de la peine. Pires parle d'une « proportionnalité-miroir » (Pires, 1995 :138). Le retrait illégitime de la vie doit avoir pour conséquence le retrait légitime de la vie. Curieusement, dans cette perspective moraliste, même la peine de mort n'est pas vue comme un paradoxe (tuer pour valoriser la vie). La théorie rétributiviste n'offre aucun argument direct contre la peine de mort : elle est conforme à l'idéal de justice de la théorie dans les cas de meurtre. La théorie s'oppose toutefois à une généralisation de cette peine à d'autres crimes (viol, vol qualifié, etc.) et aux supplices de l'Ancien Régime sur la base de ce principe de « proportionnalité-miroir » : un mal qui excède le mal proportionné et nécessaire à l'expiation du mal *illégitime* devient en soi lui-même illégitime (à condition, bien entendu, que l'observateur soit en mesure d'identifier empiriquement cet « excédent »).

Soulignons par ailleurs la manière par laquelle la théorie construit sa représentation du conflit. Elle n'oppose pas strictement ici l'agresseur à la victime, elle transcende la « concrétude » de ce cadre interactionnel, en fait éclater les frontières, pour arriver à concevoir de façon tout à fait abstraite l'implication d'un tiers : Dieu, l'autorité, le Souverain ou l'Ordre moral de la société.

En s'immisçant dans le conflit, le tiers-Souverain ou le tiers-Société vient par le fait même destituer l'autre partie lésée : la victime. Il l'exclut en effet de la résolution du conflit, tourne le dos à son préjudice et, dans sa procédure de

production de la vérité, il ira même jusqu'à l'instrumentaliser comme témoin privilégié. On peut par conséquent affirmer que le rétablissement concret des liens sociaux entre la victime et son agresseur n'est pas pertinent pour la théorie.

Nous retiendrons de ces considérations sur la théorie de la rétribution en droit criminel, les aspects suivants : une représentation des sanctions afflictives comme les *seules* susceptibles de « rendre justice » en matière criminelle ; une représentation fondamentalement négative de l'homme ; une représentation de l'action punitive comme relevant d'une obligation morale absolue ; une dévalorisation des sanctions alternatives (dédommagement, pardon, etc.); une définition du conflit qui exclut ou instrumentalise la victime et une absence de considération à l'égard d'un rétablissement concret des liens sociaux.

Le tableau suivant reprend les principaux points établis en fonction des quatre conceptions que nous avons privilégiées au départ.

Tableau 1.1
Les quatre principales dimensions de la théorie de la rétribution
en matière de droit criminel moderne

| Théorie de la rétribution (Kant) | |
|--|--|
| 1) Conception de l'homme | Simplificatrice et négative : L'homme « n'en fait qu'à sa tête », il est égoïste. Mû par ses affects, il menace la paix sociale et la moralité. |
| 2) Conception de la légitimité de l'intervention pénale | Punir est une obligation morale qui découle du principe de rétribution. Le droit criminel sert à payer le mal par le mal et à rétablir l'ordre moral dérangé. |
| 3) Conception (i) de la peine, (ii) de ses objectifs et (iii) de ses limites. | <ul style="list-style-type: none"> (i) La peine doit faire souffrir. Elle est la seule à pouvoir produire le mal <i>légitime</i> nécessaire à la « réparation symbolique » du crime. (ii) L'objectif de la peine est « le salut public » par le rétablissement de la moralité et de la justice à travers la souffrance du coupable. (iii) La peine ne doit être ni plus ni moins sévère que la gravité du crime (proportionnalité horizontale; égalité entre le crime et la peine). La peine de mort (subite) marque la limite supérieure; elle est admise, mais tout ce qui l'excède (supplice ou mort lente et agonisante) est considéré injuste. |
| 4) Conception du conflit | Le crime implique l'agresseur et l'État à travers les tribunaux. La victime est exclue de la résolution du conflit et considérée comme un témoin privilégié. |

Passons maintenant à la *théorie moderne de la dissuasion*. C'est dans *Des délits et des peines*, écrit par Cesare Beccaria au XVIII^e siècle, que la version moderne et achevée de cette théorie est présentée pour la première fois.

En matière de droit criminel et en plein coeur de la Grande Réforme, « la pénétration des idées de Beccaria avait été intense » (Badinter, 1991 : 38). En 1798, Roederer prétend même que le petit ouvrage « a tellement changé l'esprit des anciens tribunaux criminels en France que [...] les magistrats des cours [...] jugeaient plus selon les principes de cet ouvrage que selon les lois » (Roederer, cité dans Badinter, 1991 : 39).

L'influence de Beccaria aura surtout été associée à « la suppression de la torture, des supplices odieux à l'humanité, la modération des peines, leur proportionnalité aux délits, la suppression de la confiscation et de l'infamie qui atteignaient, au-delà du condamné, sa famille » (Badinter, 1991 : 39). Pour Pires, il s'agit d'un temps fort dans la formation de la rationalité pénale moderne (Pires, 1998 : 93).

Ici, et contrairement à ce que nous avons pu voir pour la théorie de la rétribution, la distribution d'un mal légitime ne relève pas d'une obligation *morale* de punir, mais plutôt d'une nécessité *utilitaire* de punir. Notez que si la motivation pour *l'obligation* de punir n'est plus la même (rétablir la justice/dissuader), l'obligation en tant que telle est réaffirmée. Le but de la peine, nous dit Beccaria, ne peut être :

[...] ni de tourmenter et affliger un être sensible, ni de faire qu'un crime déjà commis ne l'ait pas été [...], le but du châtement ne peut être dès lors que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables (Beccaria, 1764 : 86-87).

La pensée de Beccaria endosse—et va même contribuer à promouvoir—l'idée que le comportement humain se gouverne à travers une rationalité « conséquentialiste ». L'individu est représenté comme un être rationnel qui oriente son comportement en fonction d'un calcul coûts/bénéfices. Au XIX^e siècle, Jeremy

Bentham va renforcer le postulat: « tout individu se gouverne, *même à son insu*, d'après un calcul bien ou mal fait de peines et de plaisirs » (Bentham, cité dans Pires, 1998 : 123; notre souligné).

Dans ce cadre, les penseurs de la dissuasion vont concevoir la peine comme une conséquence négative pouvant jouer un rôle déterminant dans le processus décisionnel du passage à l'acte. La peine peut, sous certaines conditions³¹, rompre les conditionnements sociaux et briser le déterminisme (Pires, 1998 : 118). Elle peut par ailleurs, dans une perspective plus globale, grâce au conformisme que suscite la peur d'être puni, assurer la protection de la Société et produire ainsi le « plus de bonheur possible réparti sur le plus grand nombre » (Beccaria, 1764 : 60).

Toute conséquence négative pouvant générer de la souffrance n'est pas pour autant valorisée par les théoriciens de la dissuasion. Le caractère dissuasif d'une peine est exclusivement associé à la souffrance produite par une force étatique encadrée par la loi. En d'autres termes, la seule peine qui puisse être considérée comme une « souffrance dissuasive » légitime est celle qui se distribue par l'entremise du « bras de fer » de l'État: le système de droit criminel. Conséquemment, les utilitaristes qui s'inscrivent dans la logique de la dissuasion—tout comme les rétributivistes, bien que ce soit pour des raisons différentes—n'admettent pas que d'autres sanctions, juridiques ou non juridiques, puissent produire des effets de dissuasion déterminants³².

³¹ Pour Beccaria, ces conditions relèvent à la fois de l'individu, de sa santé mentale, de son âge, et du degré de sévérité et de certitude de la peine.

³² À ce propos, Pires et Acosta soulignent une distinction importante entre la conception de la dissuasion chez Beccaria et chez Hobbes: « pour Hobbes, expliquent-ils, l'effet de dissuasion est à chercher dans toutes les sanctions juridiques (ou est propre à toutes les sanctions), pour Beccaria, cet effet ne saurait être obtenu que par les peines, au sens de sanctions étatiques qui ne visent pas à bénéficier à la victime en tant que « partie privée » (1994 : 16). Le droit criminel moderne s'est inspiré de la théorie de la dissuasion telle que la concevait Beccaria, mais voyons ici qu'il aura été tout à fait

Dans le débat sur la peine de mort, Beccaria diverge de Kant. Beccaria exclut la légitimité de la peine de mort parce qu'elle est tout simplement considérée inutile et injuste par nature. Elle est inutile parce que « le frein le plus puissant pour arrêter les crimes n'est pas [...] la mort d'un scélérat, c'est le tourment d'un homme privé de sa liberté... » (Beccaria, 1764 : 128). Elle est injuste parce qu'elle ne peut logiquement être pensée dans l'entente originelle du Contrat Social : une atteinte à une part de liberté individuelle qui dépasserait la part de liberté individuelle *minimale* requise pour la cohésion sociale et le plus grand bonheur du plus grand nombre n'est tout simplement pas admissible du point de vue du Contrat Social. Dans les termes de Beccaria, la peine de mort est injuste parce qu'« il n'est personne qui, en y réfléchissant, puisse choisir la perte totale et définitive de sa liberté, si avantageux que puisse être le crime » (Beccaria, 1764 : 129)³³.

Si la mort pose la limite, en-deçà de la mort, tout devient flou. Bien que Beccaria ait considéré que « toutes les peines qui outrepassent la nécessité de conserver ce lien [social] sont injustes par nature » (Beccaria, 1764 : 64)³⁴, le raisonnement qu'il développe sur la proportionnalité est un raisonnement à double tranchant. Dans son aspect plus « critique », le raisonnement pourra empêcher des

possible de faire intervenir Hobbes et de valoriser à travers lui les effets dissuasifs de sanctions juridiques non pénales et plus positives, comme la réparation et le dédommagement.

³³ Kant va tenter de contrer ce raisonnement en accusant Beccaria de mobiliser un « faux sentiment d'humanité » : « La marquis de Beccaria, par un faux sentiment d'humanité, objecte que toute peine de mort est *injuste*, parce qu'elle n'a pu être comprise dans le contrat civil originaire. [...] Tout cela n'est que sophisme et pure chicane. Personne n'est puni pour avoir voulu la *punition*, mais pour avoir voulu une *action punissable* » (Kant, dans Khodoss, 1968 : 179). Nous retrouvons la même rhétorique dans le discours des interlocuteurs de la Commission Ouimet accusant les défenseurs des droits du délinquant qui recommandent des peines moins sévères et plus positives de ne pas tenir compte du fait que le délinquant, de par son acte, a délibérément voulu s'exposer aux risques de la peine et que de ce fait même, il mérite tout ce qui lui arrive.

³⁴ Il s'agit bien évidemment ici d'un principe philosophiquement intéressant, mais extrêmement difficile à concrétiser. Comment en effet juger d'un mal et s'assurer de sa juste mesure face à un autre mal tout aussi difficile à mesurer?

disproportions abusives dans l'échelle de gravité des délits et des peines, mais dans son aspect plus utilitariste en faveur de la dissuasion, il exige la *certitude* de la peine afflictive et pourra aussi servir à justifier des escalades de sévérité pour assurer la dissuasion. En effet, lorsqu'il fonde l'idée du droit de punir sur celle de l'« intérêt général », Beccaria considère que « plus les délits sont nuisibles au public plus forts doivent être aussi les obstacles [peines] qui les en écartent » (Beccaria, 1764 : 72). Dans ce cadre, le principe de la proportionnalité verticale se mobilise en faveur de la sévérité et non plus en faveur de la modération. Les délits plus graves doivent être « plus coûteux » que les délits moins graves (Pires, 1998 :139).

En principe, dans la logique interne de la théorie de la dissuasion, la sévérité de la peine reste tout de même moins importante que la « certitude » : « ce n'est pas la rigueur du supplice qui prévient le plus sûrement les crimes, c'est la certitude du châtement » (Beccaria, cité dans Pradel, 1989 : 35). Les tribunaux doivent se montrer non seulement rigoureux dans l'application des peines, mais ils doivent surtout se montrer systématiques. Une certitude « totale et absolue »—évidemment impossible à atteindre—rendrait, selon la théorie, difficile pour tout individu tenté par la transgression d'imaginer un dénouement autre que celui de la peine. Comme pour la théorie rétributiviste, le pardon n'a pas non plus de pertinence pour la théorie, car il n'exclut pas la nécessité du châtement : « 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 » (Beccaria, 1764 : 178). En ce sens, nous dit Beccaria, le pardon est certes « un acte de bienfaisance, mais un acte contraire au bien public » (Beccaria, 1764 : 105, seulement dans l'édition de Flammarion, 1979).

Nous retiendrons de ces considérations sur la théorie de la dissuasion en droit criminel des aspects qui rejoignent ou « complètent » (sans modifier l'orientation générale des pratiques) ceux que nous avons retenus pour la théorie de

la rétribution : une représentation de l'État et de la loi pénale comme *seuls* défenseurs du Contrat social et des valeurs fondamentales de la société (Pires, 1998 : 51); une vision guerrière de la protection de la société; une représentation fondamentalement négative de l'homme; une obligation pragmatique ou politique de punir; une valorisation exclusive des peines afflictives; l'exclusion des sanctions alternatives (dédommagement, etc.) et du pardon; une définition du conflit qui exclut ou instrumentalise la victime et une absence de considération à l'égard d'un rétablissement concret des liens sociaux (« inclusion sociale »).

Reprenons maintenant notre tableau avec les points correspondants aux quatre conceptions ciblées.

Tableau 1.2
Les quatre principales dimensions de la théorie de la dissuasion
en matière de droit criminel moderne

| La théorie de la dissuasion (Beccaria) | |
|--|---|
| 1) Conception de l'homme | Simplificatrice : le comportement humain (rationnel) répond exclusivement d'un calcul coûts/bénéfices. |
| 2) Conception de la légitimité de l'intervention pénale | Punir est une obligation à la fois politique et pratique qui relève de la dissuasion. |
| 3) Conception (i) de la peine, (ii) de ses objectifs et (iii) de ses limites. | <ul style="list-style-type: none"> (i) L'objectif « concret » de la peine est de faire peur. Seule la peine prévue par le législateur est investie d'un pouvoir de dissuasion. Elle seule peut empêcher autant le coupable que ses semblables de commettre dans l'avenir des actes contraires à la loi pénale. (ii) L'objectif lointain et abstrait de la peine est de causer le « plus de bonheur possible réparti sur le plus grand nombre ». (iii) Entre l'infraction et la peine, la proportionnalité est verticale : plus les crimes sont nuisibles, plus la dissuasion est souhaitée et plus forte doit être la peine. La dissuasion exige toujours un surplus de peine. |
| 4) Conception du conflit | Le conflit implique l'agresseur et l'État. La victime est exclue et considérée comme un témoin privilégié. |

En comparant ces théories, on reconnaît clairement les différences entre chacune d'elles, mais on peut affirmer en définitive, comme le suggérait Pires (1998, 17), qu'au-delà de ces différences, « à un niveau plus fondamental », elles se

transforment en « perspectives complices » : elles partagent entre elles une vision hostile, abstraite, négative et atomiste de la protection de la société et du droit criminel (Pires, 2001). Il précise:

[...] *hostile* parce qu'on représente le déviant comme un ennemi du groupe tout entier et parce qu'on veut établir une sorte d'équivalence nécessaire, voire ontologique, entre la valeur du bien offensé et l'affliction à produire chez le déviant. *Abstraite*, parce que le mal (concret) causé par la peine est reconnu mais conçu comme *devant causer* un bien moral immatériel (« rétablir la justice par la souffrance », « renforcer la moralité des gens honnêtes », etc.) ou encore un bien pratique invisible et futur (la dissuasion). *Négative*, puisque ces théories *excluent toute autre 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, 2001 : 184)³⁵.

Ainsi, à partir de la théorie de la rétribution et de la théorie de la dissuasion, ce qui au tournant des XVIII^e et XIX^e siècles se sera consolidé dans les structures cognitives du droit criminel moderne est un autoportrait essentiellement punitif (Pires, 2001 : 184).

Vers la fin du XIX^e siècle, sous l'influence de l'École positive italienne, va par contre se stabiliser dans l'enceinte du droit criminel moderne une autre théorie de la peine qui, elle aussi, plonge ses racines à la fin du XVIII^e siècle et au début du XIX^e avec la naissance de la prison : la théorie de la réhabilitation (réadaptation). Cette théorie institue alors un nouvel objectif institutionnel, celui de la rééducation ou du traitement. Elle apparaît comme une théorie *du pénitencier* (Foucault, 1975) ou

³⁵ Voir aussi Pires, Cellard et Pelletier (2001 : 198).

des institutions fermées (Rotman, 1990). Le traitement doit être pensé et réalisé par une mise à l'écart de l'individu (« exclusion sociale »).

La théorie de la réhabilitation se présente alors 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 (Pires et Acosta, 1994 : 33). À certains égards, on peut certes parler d'un changement important³⁶, mais en ce qui a trait à la valorisation de l'exclusion sociale, il serait abusif d'y voir l'émergence d'un nouveau paradigme. Plutôt que d'introduire une rupture dans la « constellation discursive » (Foucault, 1969) que forment les deux autres théories de la peine (rétribution et dissuasion), la théorie de la réhabilitation donne plutôt à la rationalité pénale moderne la possibilité d'évoquer d'autres « bonnes » raisons pour valoriser l'enfermement et résister aux sanctions alternatives.

En définitive, que l'on entre dans la rationalité pénale moderne par la porte de la rétribution, de la dissuasion ou de la réhabilitation, on sera tôt ou tard amené à exiger soit le traitement soit la punition, mais d'une manière ou d'une autre, ce qu'on exigera en définitive, que ce soit pour punir ou traiter, c'est l'exclusion sociale de l'individu. La rationalité pénale moderne a ainsi pu jouer un rôle-clé—et continue d'ailleurs de le faire—dans la cristallisation des normes de sanction du droit criminel moderne. L'émergence d'un autre système de pensée, un qui soit susceptible de promouvoir un changement de paradigme significatif en matière de droit criminel, peut être théoriquement conçue comme une condition fondamentale à la décristallisation des normes de sanction, à la valorisation des sanctions alternatives, voire à l'évolution identitaire du droit criminel moderne.

³⁶ Elle n'entretient pas, par exemple, la même hostilité envers le délinquant, ni ne valorise-t-elle en soi la souffrance.

La théorie de la réhabilitation *de la seconde modernité*, celle qui commence à prendre forme au milieu du XX^e siècle, joue à cet égard un rôle important. À partir des années 1950-1960, à côté d'une théorie de la réhabilitation fondée sur le principe de l'exclusion sociale du délinquant, se développe une autre théorie de la réhabilitation fondée au premier plan sur le principe de l'inclusion³⁷.

Contrairement aux théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réhabilitation de la *première modernité* qui, elles, continueront de valoriser l'incarcération, la théorie de la réhabilitation de la *seconde modernité* aura « appris » des critiques qui ont été formulées à l'endroit de l'usage de l'enfermement punitif et commencera à privilégier le traitement dans la communauté³⁸. Cette théorie « se détache » alors, pour ainsi dire, d'une théorie du pénitencier et se présente avant tout comme une théorie du milieu ouvert.

Le passage d'une perspective d'exclusion à une perspective d'inclusion introduit un nouveau paradigme pour cette théorie de la réhabilitation. Elle complexifie et « sélectionne » des variétés (idées) innovatrices préexistantes dans l'univers cognitif du droit criminel moderne. Marginale, mais bien présente, elle se différencie, à titre d'alternative, de la rationalité pénale moderne. Pour le dire autrement et en vue des développements que nous introduirons plus loin dans la section sur les commissions de réforme, on peut parler ici d'une nouvelle « auto-description »; une « auto-description » centrée sur la réhabilitation plutôt que sur la

³⁷ C'est à Alvaro Pires que revient le mérite d'avoir tracé cette distinction importante. Dans ce qui suit, nous tenterons de retraduire sous forme écrite les échanges (verbaux) que nous avons eu la chance d'avoir avec lui au moment même où nous rédigeons cette section du travail. Toutefois, comme cette distinction est encore en chantier et que les seules traces écrites sont encore indirectes et préliminaires (Pires, 2006a : 224-225; 2006b : 627-628), il serait aventureux de prétendre à une correspondance parfaite entre la pensée de Pires et ce que nous en avons retenu. Il faut donc pour le moment avancer avec prudence et en aviser notre lecteur.

³⁸ Cette idée sera d'ailleurs longuement soutenue par la Commission Ouimet qui se montrait elle-même soucieuse de « limiter les souffrances que les sanctions du droit criminel entraînent » (Rapport Ouimet, 1969 : 11).

souffrance, mais surtout centrée sur l'inclusion plutôt que sur l'exclusion. Dans la version la plus achevée de cette théorie (qui est postérieure au rapport Ouimet), il ne s'agit plus d'intimider pour conformer (dissuasion) ni de produire un mal pour en expier un autre (rétribution) ni encore d'exclure pour, plus tard, mieux inclure (réhabilitation première modernité); il s'agit de maintenir au premier plan l'inclusion, d'envisager différents types d'intervention (décisions, dispositions) à l'intérieur de la communauté et de protéger concrètement les liens sociaux *contre l'intervention destructrice du droit criminel*.

Pour imaginer le changement de paradigme, il peut être utile d'inscrire nos remarques dans un schéma d'observation.

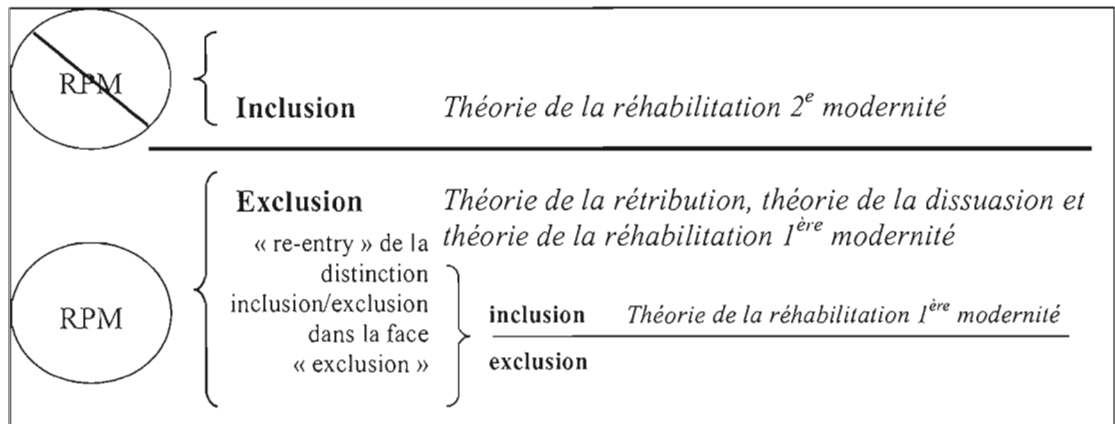


Figure 1.2 Les théories modernes de la peine et leur rapport à l'exclusion ou à l'inclusion sociale du délinquant (schéma tiré d'un séminaire de doctorat d'Alvaro Pires, département de criminologie, Université d'Ottawa, 2004).

Dans ce schéma d'observation instituant comme principe de distinction les notions d'inclusion et d'exclusion, la théorie de la rétribution, la théorie de la dissuasion et la théorie de la réhabilitation de la première modernité, en tant que théories du pénitencier, viennent marquer, au premier plan, la face de l'« Exclusion » (avec un « E » majuscule dans le schéma).

Dans cette même face (interne) du système de pensée, la théorie de la réhabilitation de la première modernité se différencie cependant des deux autres. Les théories de la rétribution et de la dissuasion exigent la peine : à partir du moment où l'*exclusion* sociale du délinquant peut se concevoir comme une peine, les exigences de ces deux théories sont satisfaites. La théorie de la réhabilitation de la première modernité exige elle aussi l'exclusion sociale du délinquant, mais elle exige *par ailleurs* sa participation à des programmes de traitement susceptibles de favoriser sa *ré-inclusion* sociale.

Ainsi, en réintroduisant (« *re-entry* »)³⁹ la distinction « inclusion/exclusion » dans la face de l'« Exclusion », la théorie de la réhabilitation de la première modernité marque la face de l'« inclusion ». Cette schématisation traduit l'idée que la théorie de la réhabilitation de la première modernité, bien qu'elle conçoive l'exclusion comme une condition nécessaire au traitement, considère néanmoins le pénitencier non pas tant—à l'instar des théories de la rétribution et de la dissuasion—comme un simple lieu d'infliction de la souffrance, mais bien comme un lieu (ou mesure) dans lequel un traitement favorable à la réinsertion sociale de l'individu pourra être développé et mis en oeuvre (exclure d'abord *pour* mieux inclure ensuite).

Remarquons par contre que ni la théorie de la rétribution ni la théorie de la dissuasion ni même la théorie de la réhabilitation de la première modernité n'ont pu marquer la face *Inclusion* (avec un « I » majuscule). Toutes se campent (au moins) dans une première valorisation de l'« Exclusion » sociale du délinquant et toutes participent ainsi à la construction de la rationalité pénale moderne comme système de pensée.

³⁹ Le concept de « *re-entry* » a été conçu par le mathématicien Spencer-Brown (1972 : 69-76) et est largement utilisé par la théorie des systèmes et par Niklas Luhmann. Pires l'emploie ici pour caractériser un système de pensée et visualiser ces différenciations internes. Pour une introduction à ce concept, le lecteur peut voir Andersen (2003 : 67-68).

La seule théorie qui soit arrivée à marquer la face de l'Inclusion, c'est bien évidemment la théorie de la réhabilitation de la *seconde modernité*. Elle est donc la seule à introduire un changement de paradigme en matière de droit criminel et à privilégier le traitement de l'individu au contact de la société. Elle est la seule à avoir échappé au dogmatisme de la rationalité pénale moderne et à avoir pu tracer les premiers contours d'un autre système de pensée. Elle est par ailleurs, comme nous le verrons plus loin dans le dernier chapitre d'analyse (chapitre V), celle qui sera privilégiée par la Commission Ouimet et qui orientera toute sa réflexion sur le développement d'un nouvel « idéal de justice » pour le droit criminel de la seconde modernité.

1.2.1.4 Rationalité pénale moderne et vision identitaire

La rationalité pénale moderne et les théories de la peine contribuent à la constitution d'une vision identitaire du système de droit criminel moderne qui tend à vouloir s'auto-distinguer, point par point, du droit civil : le délit criminel devrait être ontologiquement différent du délit civil; la responsabilité criminelle, de la responsabilité civile; et la sanction criminelle, de la sanction civile. Cette vision identitaire est originellement reliée à un processus de différenciation et d'autonomisation du système de droit criminel au sein même du système juridique global.

Ce processus de différenciation s'achève historiquement entre le milieu du XVIII^e siècle et le milieu du XIX^e. Précisons par ailleurs que la rationalité pénale n'est pas le produit de ce processus d'autonomisation du système de droit criminel, mais participe plutôt à la mise en forme d'une conception particulière de cette autonomie qui sera stabilisée par le système.

Ce que nous allons voir n'est pas nécessairement l'autonomie telle qu'elle s'actualise *objectivement* dans les opérations du système de droit criminel, mais bien la manière par laquelle le système représente son autonomie lorsqu'il l'observe à travers le prisme de la rationalité pénale moderne. C'est la manière par laquelle la rationalité pénale définit ce qui *pour elle, de son propre point de vue*, caractérise l'identité du droit criminel moderne. En d'autres termes, il ne faut pas perdre de vue qu'il puisse exister un écart en la réalité opérationnelle du système et la représentation que fait la rationalité pénale moderne de son autonomie et de son identité. Ceci dit, il ne faut pas non plus perdre de vue que cette représentation partielle de l'autonomie du système de droit criminel que défend la rationalité pénale moderne puisse en retour produire des effets réels sur les opérations du système.

Dans sa représentation de l'autonomie du système de droit criminel moderne, la rationalité pénale moderne aura tendance à naturaliser le clivage organisationnel qui sépare le droit criminel du droit civil ou administratif. Pires et Acosta vont d'ailleurs parler ici d'une « idéologie d'éloignement, de divergence, d'autonomie et de différence à l'intérieur du droit lui-même, qui met en place des procédés ainsi qu'une manière de penser qui ne cherche qu'à justifier et à préserver ce clivage... » (Pires et Acosta, 1994 : 10)⁴⁰. En d'autres termes, c'est entre autres à travers la rationalité pénale moderne et à partir d'une représentation de ce clivage organisationnel que le système de droit criminel moderne va discourir sur son identité et raisonner sur ce qui assure sa propre différenciation dans la distinction « système/environnement ».

⁴⁰ Le concept d'*autonomie* est employé dans ce passage par Pires et Acosta *avant* qu'ils aient adopté l'outillage conceptuel de la théorie des systèmes. Son usage ici reste alors ambigu. En outre, le concept d'*idéologie* sera abandonné par la suite.

Ce clivage organisationnel se stabilise au XVIII^e siècle et endosse le rétrécissement des notions de délit et de peine que l'on peut reconnaître autant chez Beccaria que chez Kant. En effet, « on ne parle [alors] plus du « délit » comme d'une violation de toute loi de la République, ni de la « peine » ou de la « sanction » comme synonyme de toute règle sanctionnatrice en droit, mais plutôt comme des qualificatifs juridiques d'un type particulier qui relève en l'occurrence du droit criminel » (Pires et Acosta, 1994 : 15). L'illicite « civil » et l'illicite « pénal » ou « criminel » désignent désormais des réalités naturellement distinctes et qui doivent maintenant être traitées par des systèmes de droit tout aussi distincts (Ibid : 15)⁴¹.

Les cultures occidentales vont très vite apprendre—et très vite oublier qu'il leur a d'abord fallu l'*apprendre*—à naturaliser cette différenciation du droit à l'intérieur du droit (Pires, 2001 : 181). Mais plus fondamentalement encore, elles vont parallèlement développer une résistance cognitive à toute tentative cherchant à brouiller les frontières et à remettre en question le caractère soit disant « naturel » de la séparation entre les divers systèmes du droit (Pires, 1995 : 135).

Cette pédagogie de la « séparation naturelle » agit encore aujourd'hui comme l'un des principaux obstacles à l'évolution identitaire du système de droit criminel moderne. Tout se présente en effet comme si cette démarcation par la pensée, cette distinction identitaire maintenue idéologiquement par la rationalité pénale, avait pour effet de rétrécir l'univers des possibles sur le plan de l'évolution identitaire. Au terme des développements qui vont suivre et en s'inspirant librement

⁴¹ Notons que ce clivage n'a pas été supporté uniquement par l'institution, il fut longtemps reproduit dans les savoirs criminologiques et juridiques. Du côté des savoirs criminologiques, des études anthropologiques et culturelles ont cherché à établir la différence entre l'*Homo criminalis* et l'« honnête citoyen » (Pires, 1991 : 54). Du côté, cette fois, des savoirs juridiques, certains juristes se sont donnés pour tâche d'établir quant à eux la différence ontologique entre l'illicite pénal et l'illicite civil, entre la sanction pénale et la sanction civile ou encore entre ce qui différencie une responsabilité pénale d'une responsabilité civile (Ibid : 54).

du philosophe et essayiste chilien Martin Hopenhayn, certaines correspondances pourront s'établir avec ce qu'il a observé au niveau des « utopies régulatrices », soit, d'une part, l'avantage de créer une ouverture de sens pour l'action, et d'autre part, le danger de surdéterminer les possibles au point d'en exclure d'autres potentiellement plus pertinents ou mieux adaptés à un contexte donné (Hopenhayn, 1994 : 273)⁴².

En matière de droit criminel, la surdétermination des possibles s'observe notamment au niveau des sanctions que le système privilégie : la mort, les châtimets corporels et la prison. Les sanctions privilégiées en matière de droit civil ne seront pas considérées valables en droit criminel, car on ne leur reconnaîtra aucun effet global de dissuasion, ni les qualifications nécessaires pour la rétribution (Pires et Acosta, 1994 : 19). Par conséquent, les mesures réparatrices seront strictement associées au droit civil (Pires 1991 : 68); à l'inverse, les peines afflictives et stigmatisantes feront l'étoffe du droit criminel (Pires, 2001 : 182)⁴³.

⁴² Pour l'instant, cette application du concept d'Hopenhayn doit être vue comme une piste à explorer et non comme une sélection théorique arrêtée et définitive. Pour notre propos, ce qui à l'heure actuelle paraît heuristiquement intéressant dans ce concept chez Hopenhayn, c'est la distinction que l'auteur établit entre les deux faces de l'utopie. L'une d'elles, la plus familière, établit les critères de ce qui est bon et vrai. Elle ne cherche pas à se substituer à la réalité, mais plutôt à orienter la société vers ses caractéristiques les plus désirables. Elle peut ainsi réaliser sa fonction critique qui est celle de remettre en question de façon permanente l'ordre établi. L'autre face est plus cachée et plus pernicieuse. L'utopie se présente comme une forme intemporelle et transcendante, ce qui peut avoir comme conséquence sa fermeture, son statisme et l'incapacité d'entrer dans un rapport dynamique avec la réalité qui évolue. Dans cette même face, l'utopie devient particulièrement dangereuse lorsque sa réalisation est visée comme une réalité concrète. Dès lors, elle change de forme et devient dogmatique, intolérante et susceptible de mobiliser la coercition pour « plier » ou soumettre la réalité à sa vision du monde. Le parallèle avec la pensée pathologique de Morin, mentionnée plus haut, est facile à établir, mais il semble qu'Hopenhayn va plus loin dans la thématization de son concept. Nous remercions Andrés-Felipe Peralta Sánchez pour cette référence et ces précisions.

⁴³ Si l'on voulait faire le lien avec les remarques de Hopenhayn, on pourrait ainsi attribuer cette survalorisation de la peine afflictive à une « surdétermination des possibilités » qui exclut dogmatiquement les éléments non privilégiés.

Dans ce contexte, en nous permettant de passer « d'un art des sensations insupportables à une économie des droits suspendus » (Foucault, 1975 : 18), la prison se généralise et gagne en visibilité partout en Occident.

Cette visibilité de la prison s'observe notamment dans le « style » de rédaction de la loi pénale : à une norme de comportement vient généralement se greffer une norme de sanction d'*incarcération* précisant le *quantum* de la peine. Ce *quantum* est ainsi utilisé comme « monnaie symbolique » pour exprimer et moduler notre attachement à la norme de comportement (Pires, 2001). Or, en s'inscrivant dans les réseaux de communication de la rationalité pénale moderne, la tendance est à considérer comme relevant du même degré d'importance la stabilisation de la norme de comportement et la stabilisation de la norme de sanction.

Le « piège cognitif » consiste alors à croire que notre attachement à la norme de comportement implique nécessairement, voire dépend carrément de notre attachement à la norme de sanction—par voie de conséquence, notre attachement à la prison elle-même. Les peines afflictives apparaissent alors comme étant nécessaires à l'expression de la désapprobation; elles seules pouvant convenablement exprimer les états forts de la conscience collective et moduler, au rythme de la répression, la valeur que nous accordons aux diverses normes de comportement (Pires, 2001).

Cette rhétorique de la peine « nécessaire » entraîne son lot de problèmes du point de vue des conditions d'émergence des idées innovatrices et de l'évolution de la *vision identitaire* du système de droit criminel. En effet, la cristallisation de la croyance selon laquelle seule la peine peut communiquer efficacement notre attachement aux normes de comportement contribue à maintenir dans l'angle mort non seulement ce que d'autres systèmes sociaux peuvent réaliser à cet égard, mais surtout ce que le droit criminel aurait pu lui-même réaliser autrement. Elle ne permet pas de voir notamment que le système de droit criminel moderne, indépendamment

de ce qu'il aura prétendu depuis le milieu du XVIII^e siècle, n'est pas le seul protecteur des valeurs fondamentales de la Société, de la moralité ou encore du Contrat Social (Pires, 1998 : 50), qu'il partage cette tâche avec d'autres systèmes sociaux et qui se sont, quant à eux, autorisés à privilégier des formes plus positives de contrôle social ou de sociabilité (Wagner, 1997; Zoll, 1998)⁴⁴.

Même si nombre d'observateurs du droit vont aujourd'hui reconnaître que le clivage entre droit criminel et droit civil n'est pas une question ontologique, qu'on ne peut d'aucune manière mettre de l'avant une différence de nature dans les types de situations-problèmes traités par les différents sous-systèmes de droit, pas plus qu'on ne peut présupposer que les sanctions pénales soient investies de « pouvoirs » que les sanctions civiles n'auraient pas, il n'en reste pas moins que ces démystifications n'ont pas conduit le système à concevoir son identité et son autonomie autrement (Pires, 1991 : 55). En somme, et nous rejoindrons ici Pires et Acosta, « la réussite de la rationalité pénale est probablement moins évidente au plan de l'édification même d'un système particulier d'organisation de droits [qui est bien loin d'être *naturellement* différent des autres] que dans *la proclamation constamment actualisée* de sa différence ontologique par rapport à d'autres modes de régulation de la vie sociale » (Pires et Acosta, 1994 : 25, notre souligné).

Pour résumer ces dernières considérations, on peut dire que la rationalité pénale moderne se caractérise par une « tendance à penser le droit pénal comme un système de régulation à ce point auto-suffisant et renfermé sur lui-même qu'il serait par principe opposé aux autres systèmes de régulation juridique, voire d'une *autre* nature » (Pires et Acosta, 1994 : 10). On retiendra par ailleurs que de « penser le vaste

⁴⁴ Au sujet du maintien du lien social, Zoll (1998) reconnaît les défis que pose la modernité pour la « solidarité organique », mais il attire notre attention sur le fait que des mutations socioculturelles ont aussi permis l'émergence de nouvelles formes de sociabilité qui semblent annoncer une « solidarité pluraliste » (Zoll, 1998 : 1).

et hétérogène univers des conflits, à travers les lunettes de la rationalité pénale, c'est en d'autres termes le représenter comme possédant une zone particulière, peuplée de conduites et de rapports problématiques particuliers, pour lesquels la sanction pénale punitive et stigmatisante—à l'exclusion de toute autre modalité de règlement des conflits—serait la solution toute désignée » (Ibid : 10).

L'ensemble des considérations théoriques que nous venons d'introduire sur la rationalité pénale moderne vont dans l'analyse nous servir d'arrière-plan pour l'observation de l'innovation *cognitive*⁴⁵.

1.2.2 La notion d'innovation

Ne relevant pas en soi du domaine de l'être en tant qu'être, l'innovation cognitive est ici conçue comme une appréciation qualitatif-théorique qui se définit en rapport de contraste avec la rationalité pénale moderne. Dans notre analyse des idées proposées par les interlocuteurs de la Commission Ouimet, de celles qu'elle aura elle-même retenues dans son rapport officiel, et en référence avec l'ordre établi, nous serons donc ici à la recherche de l'*inattendu*, de l'*imprédictible* (Cauchie, 2005; Pires et Cauchie, 2007).

Mais attention de ne pas concevoir les idées innovatrices comme de simples « dissonances cognitives »⁴⁶ en matière de droit criminel. En contrastant avec les trames discursives de la rationalité pénale moderne, elles introduisent bel et bien

⁴⁵ Dans le cadre de cette recherche, notre intérêt pour l'innovation concerne plus spécifiquement les innovations *cognitives*, c'est-à-dire ce qui relève du monde des idées, des principes et de la philosophie ou de la théorie du droit criminel. Nous ne sommes par conséquent nullement concerné par l'innovation *technique* ou *technologique* (test de dépistage, bracelet électronique, etc.).

⁴⁶ L'expression « dissonance cognitive » nous a été suggérée par Margarida Garcia.

des incohérences qui retiennent l'attention et permettent l'observation. Mais en rester là serait négliger toutes les implications théoriques et pratiques que ces idées représentent pour l'évolution du droit criminel moderne. Nous verrons dans l'analyse tout ce qui concerne leurs implications pratiques. Pour le moment, concentrons-nous davantage sur les implications théoriques de l'innovation.

Dans l'*Archéologie du Savoir*, Foucault traite de la détermination de ce qu'il appelle « les points de diffraction possibles du discours » (Foucault, 1969 : 87). La définition qu'il propose correspond en tout point à ce que nous aurions nous-mêmes souhaité avoir été en mesure de dire sur la notion d'innovation. Considérons d'abord la notion de Foucault et voyons ensuite comment nous pouvons nous en inspirer pour faire émerger les dimensions conceptuelles de la notion d'innovation. Les soulignés sont les nôtres; ils attirent l'attention du lecteur sur ce qui retiendra plus spécifiquement notre attention pour la suite des développements. Foucault :

Ces points se caractérisent d'abord comme *points d'incompatibilité* : deux objets, ou deux types d'énonciation, ou deux concepts peuvent apparaître, dans la même formation discursive, sans pouvoir entrer—sous peine de contradiction manifeste ou inconséquence—dans une seule et même série d'énoncés. Ils se caractérisent ensuite comme *points d'équivalence* : [...] ils se situent à un même niveau; et au lieu de constituer un pur et simple défaut de cohérence, *ils forment une alternative* : même si, selon la chronologie, ils n'apparaissent pas en même temps, *même s'ils n'ont pas eu la même importance, et s'ils n'ont pas été représentés de façon égale dans la population des énoncés effectifs*, ils se présentent sous la forme du « ou bien... ou bien ». Enfin, ils se caractérisent comme *points d'accrochage d'une systématisation* : à partir de chacun de ces éléments à la fois équivalents et incompatibles, une série cohérente d'objets, de formes énonciatives, de concepts ont été dérivés (avec, éventuellement, dans chaque série, de nouveaux points d'incompatibilité). En d'autres termes, *les dispersions étudiées [...] ne constituent pas simplement des écarts, des non-identités, des séries discontinues, des lacunes; il leur arrive de former des sous-ensembles discursifs...* » (Foucault, 1969 : 87-88).

Pour traiter des dimensions conceptuelles de l'innovation à partir de ces considérations foucaaldiennes—pour le moment fort abstraites, nous en conviendrons—nous proposons la sélection d'un exemple qui pourra nous accompagner du début à la fin, l'exemple de la théorie de la réhabilitation de la *seconde modernité*. Nous en avons déjà traité plus haut, nous avons déjà souligné son caractère innovateur : l'exemple devrait ainsi pouvoir nous aider à exposer le plus clairement possible ce que nous voulons relever ici.

La première dimension conceptuelle à considérer concerne l'*incompatibilité* qui émerge du contact entre une idée dite « innovatrice » et une idée chapeautée par la rationalité pénale moderne. Nous avons plus haut relevé et même schématisé, à partir de la distinction « Inclusion / Exclusion », l'incompatibilité entre la théorie de la réhabilitation de la seconde modernité et les théories de la peine de la rationalité pénale moderne : la première marque l'« Inclusion », les autres marquent l'« Exclusion ». Il y a en effet ici une incompatibilité dans la manière de concevoir le cadre de l'intervention; l'une place au centre des priorités l'intervention en milieu ouvert, les autres instituent plutôt comme principe fondamental l'intervention en milieu clos. Il n'y a aucune manière de réconcilier de façon cohérente ces deux ordres de discours à l'intérieur d'une même série d'énoncés ou d'un même système de pensée; pourtant ils appartiennent à un seul et même univers de sens, celui du droit criminel moderne.

La deuxième dimension conceptuelle concerne la notion d'*équivalence*. Une fois que nous avons relevé le contraste entre les idées, il faut voir ensuite que bien qu'elles soient incompatibles sur le plan sémantique, elles sont absolument et en tout point équivalentes sur le plan « fonctionnel ». Les idées innovatrices et les idées soutenues par la rationalité pénale moderne ont en effet la même fonction : les unes comme les autres permettent de motiver des décisions et de les inscrire en toute légitimité dans la circularité opérationnelle du système. En ce sens, à partir du

moment où le système reconnaît la théorie de la réhabilitation de la seconde modernité comme une théorie *du système*, les décisions qui s'y réfèrent pourront être considérées—*du point de vue du système*—comme étant investies de la même légitimité procédurale que les décisions prises en référence à la rationalité pénale moderne. Les décisions ne seront pas équivalentes au niveau du contenu, mais en tant qu'opérations du système de droit criminel, elles seront tout à fait équivalentes au niveau de la forme.

Suivant ces dernières considérations, nous pouvons sans hésitation rejoindre Foucault pour introduire une troisième dimension conceptuelle : les idées innovatrices forment bel et bien des alternatives. Elles n'occupent pas le même espace sémantique que les idées dominantes de la rationalité pénale, elles se logent généralement dans la périphérie et non au centre; on ne leur accorde pas non plus la même importance dans les opérations de reproduction du système, elles ne sont pas « représentées de façon égale dans la population des énoncés effectifs » (Foucault, 1969 : 87) : mais ce qu'il faut surtout retenir ici, ce qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est que, même marginalisées, même précaires, ces idées innovatrices introduisent la possibilité d'un « ou bien... ou bien » (Ibid, 88)—ou bien l'exclusion, ou bien l'inclusion. Elles ouvrent en matière de droit criminel un champ d'options qui n'avaient pas été conçues comme « possibilités actualisables » ou comme « possibilités admissibles » par le système de pensée dominant.

Finalement, dans une quatrième dimension conceptuelle, les idées innovatrices se caractérisent comme les *points d'ancrage d'une systémisation*. L'innovation peut ainsi se concevoir comme une incitation. Une idée innovatrice en attire une autre et progressivement se tisse autour de leurs interactions une nouvelle série d'énoncés, un nouveau *système* de pensée. À l'idée de l'Inclusion peuvent venir s'accrocher une représentation moins hostile du lien délinquant-société; une définition moins abstraite et plus « réaliste » des objectifs poursuivis; une conception

plus favorable aux sanctions alternatives et plus décentrée des sanctions négatives; une évaluation non atomiste et plus clairvoyante des effets néfastes de certaines peines sur les individus et le lien social, etc. En définitive, autour d'une simple idée innovatrice, celle de l'*Inclusion* proposée par la théorie de la réhabilitation de la seconde modernité, c'est un nouveau *sous-ensemble discursif* qui se forme, c'est en l'occurrence, ici, une manière de penser complètement *déconnectée de ce qui est considéré important ou usuel en matière de droit criminel*.

Plusieurs recherches sur l'innovation situent « l'épicentre de la créativité dans l'individu, soit au niveau de son tempérament, soit au niveau de sa personnalité ou encore au niveau de son comportement » (Remouchamps et Tilman, 1991 : 36). Ces attributs individuels sont sans doute importants, mais il faut par ailleurs replacer, dans le cadre de l'analyse, la réalité proprement sociologique du phénomène, en l'occurrence, tout ce qui se rapporte au fonctionnement et aux structures de l'organisation à l'intérieur de laquelle évoluent les « spécialistes du changement » (Alter, 2005 : 74).

L'innovation peut en effet se concevoir comme un phénomène résultant de l'interaction entre l'acteur et un milieu organisationnel l'enjoignant à prendre une certaine distance par rapport à l'ordre établi. L'acteur influence certes les dynamiques systémiques relatives à l'innovation, mais des dynamiques systémiques ou organisationnelles particulières peuvent également stimuler sa capacité innovatrice. Tabatoni retient la même idée :

On admet que les stratégies personnelles des acteurs vitalisent la dynamique des « systèmes », déterminent collectivement les trajectoires d'innovation, [...] mais on admet aussi que les « systèmes » peuvent inciter, plus ou moins, les acteurs créatifs à prendre des initiatives personnelles et à exercer un leadership d'innovation (Tabatoni, 2005 : 16).

Nous allons pour notre part, dans l'analyse, négliger l'acteur et nous concentrer sur le contexte organisationnel de la Commission Ouimet, sur son mode de fonctionnement et sur son rapport à l'environnement. Il ne s'agit pas d'un choix théorique : nous ne sommes pas en train d'accorder dans le modèle explicatif de l'innovation plus d'importance à l'organisation qu'à l'acteur. Il s'agit d'abord et avant tout d'une limite empirique : nos documents ne nous donnent accès ni à la personnalité des différents acteurs ni à leurs comportements ni à leurs tempéraments respectifs. La subjectivité des individus nous échappe. Nous nous concentrerons donc sur la spécificité de l'organisation « commission de réforme du droit ». Ce qui nous permet de faire le lien avec le prochain point.

1.2.3 La notion de commission de réforme du droit

Pour investir théoriquement la notion de commission de réforme du droit, nous allons dans un premier temps concevoir ces organisations comme des organisations *politiques* (1.2.3.1). Nous allons à cet effet dégager leurs principales caractéristiques et tenter de définir leur rôle—notamment sur le plan de la création de la loi ou de l'élaboration des politiques pénales—dans le cadre d'une distinction entre « commissions d'enquête » et « commissions de réforme ». Dans un deuxième temps, nous allons concevoir les commissions de réforme du droit comme des organisations *juridiques* (1.2.3.2). Nous allons alors tenter de faire ressortir leurs possibles contributions sur le plan de leurs possibles influences en ce qui a trait à la détermination du droit par les tribunaux et par la doctrine.

Dans un cas comme dans l'autre, nous mobiliserons notre modèle d'évolution pour préciser les limites de leurs contributions sur le plan de la « variété », de la « sélection » et de la « stabilisation » des idées développées dans le cadre de leurs activités organisationnelles.

Suite à ces considérations, notre lecteur pourra se demander, en définitive, si dans cette recherche, les commissions de réforme du droit seront définies comme des organisations politiques ou bien comme des organisations juridiques. Nous anticipons ici le problème et lui suggérons d'entrée de jeu la solution suivante : dans cette recherche, les commissions de réforme du droit seront définies comme des organisations ayant, pour ainsi dire, deux contextures : elles sont purement *politiques pour le système politique* et purement *juridiques pour le système juridique*.

Cette façon particulière de problématiser le concept relève du caractère *polycontexturel*⁴⁷ que prennent certaines réalités sociales lorsqu'elles évoluent dans une société hautement complexe. Cette façon de voir ne devient théoriquement intelligible et cohérente qu'à la condition de prendre la *communication* comme élément de base de l'analyse.

La commission de réforme est donc en elle-même un *lieu de réflexion* à l'intersection des systèmes politique et juridique. Ses communications (idées) agissent comme des *mediums* (souples) auxquels autant le système politique que le système juridique peuvent attribuer des *formes* plus rigides. En d'autres termes, les communications produites par les commissions de réforme peuvent entrer autant dans les opérations de récursivité du système politique (en orientant par exemple la révision des lois ou politiques pénales) que dans les opérations de récursivité du système juridique (en servant par exemple d'appui aux décisions prises par les tribunaux).

⁴⁷ On fait jouer à ce concept un rôle de plus en plus important dans la théorie des systèmes de Niklas Luhmann. Pour un bref aperçu, voir Lee (2000).

Cette manière d'approcher la notion de commission de réforme comprend plusieurs avantages sur les plans épistémologique et méthodologique. Sur le plan épistémologique, elle permet notamment d'éviter toute forme d'ontologisation du concept. Sur le plan méthodologique, elle permet, entre autres, de complexifier l'observation de manière à pouvoir considérer, comme nous tenterons de le faire ici, les deux faces d'une même réalité : en l'occurrence, pour la commission de réforme du droit, une face proprement politique et une face proprement juridique.

1.2.3.1 La face politique des commissions de réforme du droit

Afin de bien distinguer les caractéristiques organisationnelles qui se rapportent respectivement aux concepts de commission de réforme et de commission d'enquête, nous allons entreprendre une caractérisation de chaque forme à partir de leurs fonctions respectives, de leur rôle, du type de problèmes généralement traités, de la portée de leurs mandats et de la composition des membres. Nous traiterons d'abord des commissions d'enquête, ce qui permettra par la suite de mieux cerner les différences à établir avec le type de commission qui nous intéresse plus particulièrement ici, soit les commissions de réforme (aussi appelées commissions consultatives).

La création d'une commission d'enquête est une mesure tout à fait exceptionnelle qui exige d'être justifiée au plan politique. Comme l'appellation l'indique, sa fonction première en est une d'enquête. Face à un problème particulier, elle travaille à réunir les faits, à (r)établir la « réalité », l'ordre des choses⁴⁸.

⁴⁸ Pour une observation et une caractérisation sociologiques des commissions d'enquête en matière pénale, voir Acosta (1984).

Le type de problèmes pouvant mener à la mise sur pied des commissions d'enquête varie, mais généralement, on les verra particulièrement actives à enquêter sur des affaires relatives à l'État, aux affaires internes d'un ministère ou à la conduite des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Il peut s'agir, par exemple, « de *graves* accusations d'incompétence ou de corruption au niveau de l'administration interne, de problèmes *graves* ayant trait à la mise en oeuvre ou à l'application d'une décision politique, de négligence *grave* face à la prévention d'un désastre naturel, etc. » (C.R.D.C.⁴⁹, 1977 : 32). En somme, les commissions d'enquête peuvent se justifier politiquement à travers au moins deux conditions : la gravité de l'affaire en question et la mise en cause de l'État dans son intégrité institutionnelle.

En ce qui a trait à la portée des mandats, ils seront circonscrits de façon restrictive par le Cabinet; aussi restrictive que les circonstances le permettent. L'une des raisons pouvant être invoquées relève de la nature des problèmes traités. Ces commissions ne travaillent pas, contrairement aux commissions de réforme, sur des thématiques politiques générales qui concernent le bon gouvernement, mais bien sur des problèmes internes très précis qui concernent généralement le bon fonctionnement de l'État et qui peuvent donc menacer les institutions étatiques dans leur intégrité. À titre d'exemple, on peut penser à la commission d'enquête Archambault (1938) qui a été instituée pour enquêter sur les circonstances qui ont entouré la série d'émeutes qu'ont connues, dans les années 1930, au Canada, les institutionnelles carcérales⁵⁰.

Une autre raison pouvant expliquer la tendance à restreindre les mandats des commissions d'enquête concerne le respect des libertés individuelles. Même si les

⁴⁹ C.R.D.C. renvoie à la *Commission de réforme du droit du Canada*.

⁵⁰ La première émeute éclate en 1932, au vieux pénitencier de Kingston (Ontario): elle durera 6 jours. Entre 1932 et 1937, le pays en connaîtra quinze autres.

commissions de réforme et les commissions d'enquête disposent des mêmes pouvoirs en matière d'assignation à témoigner, les dernières sont plus susceptibles que les premières de recourir à ces pouvoirs exceptionnels contraignants. La nature des problèmes qui mobilisent les commissions d'enquête—corruption, mauvaise administration, négligence, etc.—et les conséquences, volontaires ou involontaires, qui peuvent directement ou indirectement découler de ses activités—attribution de responsabilité, congédiements, humiliations publiques, etc.—sont autant d'éléments dissuasifs quant à la libre collaboration des personnes interpellées.

Enfin, au niveau de la composition des membres, le nombre et la qualité des personnes siégeant sur une commission d'enquête peuvent varier d'une commission à l'autre. Par contre, on privilégiera généralement un juge pour tenir le rôle de la présidence; les juges étant considérés « habitués à établir des faits à partir de témoignages [...] habitués à juger de la pertinence et du poids de la preuve [et] sensibles à la nécessité de protéger les témoins lorsqu'ils examinent les apparences d'un comportement répréhensible » (C.R.D.C, 1977 : 33).

Passons à la caractérisation des commissions de réforme. On peut dire, de façon générale, que leur fonction première est de conseiller le gouvernement sur des questions relatives au bon gouvernement ou à la bonne gestion de quelque partie des affaires publiques.

Amasser, organiser de l'information et formuler des recommandations pour aider le gouvernement à prendre des décisions plus éclairées caractérisent les activités centrales d'une commission de réforme. Bien que, comme pour les commissions d'enquête, il soit aussi question de faire « enquête » (au sens large), leur rôle principal est ici de conseiller ou d'inciter le gouvernement à adopter telle politique plutôt que telle autre.

On peut à cet égard éliminer toute ambiguïté en considérant que toute commission peut à la fois conseiller et enquêter, qu'il s'agisse des commissions d'enquête ou des commissions de réforme. Comme l'explique la *Commission de réforme du droit du Canada*, « l'examen d'un écart de conduite de la part d'un agent public conduit naturellement à l'étude des décisions politiques susceptibles d'éviter le renouvellement d'écarts semblables ». La commission poursuit : « Inversement, l'étude d'une grande question politique peut conduire à l'examen des abus ou des erreurs que permettent les règles de conduite actuelles ou l'absence de règles » (C.R.D.C., 1977 : 13). Cependant, pour les fins de l'analyse, on peut tout de même reconnaître à chaque forme organisationnelle, comme le fait d'ailleurs elle-même la C.R.D.C., une fonction première : conseiller ou enquêter (au sens propre).

Les commissions de réforme vont aussi jouer un rôle important dans l'établissement d'un lien (concret) entre les décideurs politiques et l'« opinion publique ». En effet, on leur attribuera, très souvent, sur des questions politiquement délicates à traiter, la tâche de recueillir les intérêts et les frustrations des citoyens et de les communiquer aux instances politiques décisionnelles.

Auprès de certaines commissions de réforme, selon leur mode de fonctionnement, l'opinion publique peut se manifester de deux manières différentes. La première manière est celle de la participation directe d'un public qui s'exprime de façon proactive sur un ou plusieurs sujets (généralement, ce sera sur un seul) en empruntant les canaux de communication prédestinés à cette fin, c'est-à-dire à travers des exposés oraux, la préparation de mémoires ou de pétitions, voire en ayant recours à tous ces moyens. Quant à la deuxième manière (qui peut être combinée à la précédente), c'est la commission elle-même qui prend l'initiative en distribuant des questionnaires ou en organisant des auditions publiques. Le rapport entre la commission de réforme et le public s'inscrit donc dans une vectorialité bidirectionnelle; du public vers la commission et/ou de la commission vers le public.

Les points de vue recueillis peuvent exprimer l'opinion d'une personne en particulier, ils peuvent parfois représenter l'intérêt d'un groupe ou encore représenter le point de vue officiel d'une organisation⁵¹. En général, l'approche de la commission est essentiellement cognitive et orientée vers les problèmes d'une réforme éventuelle.

Les commissions de réforme vont généralement s'intéresser à toute question politique jugée importante ou encore à tout problème complexe nécessitant une contribution d'experts : au Canada, on peut penser, par exemple, aux réformes en matière de services de santé, aux questions relatives au bilinguisme ou au biculturalisme, on peut penser également aux questions ayant trait aux relations fédérales-provinciales. Elles vont ainsi être appelées à mobiliser des « savoirs sérieux », des connaissances spécialisées qui permettront d'éclairer des aspects plus techniques ou plus complexes de la problématique étudiée.

Contrairement aux commissions d'enquête, comme les questions traitées ici sont généralement extrêmement larges, la portée du mandat sera définie en conséquence⁵². C'est par ailleurs le cas avec la portée du mandat de la commission de réforme qui nous intéresse plus spécifiquement dans cette étude : « étudier tout le domaine de la correction, *dans son sens le plus large...* » (Ouimet, 1969 : 1, notre souligné).

Au niveau de la composition des membres d'une commission de réforme, comme pour les commissions d'enquête, le *nombre* de personnes en faisant partie n'est pas fixé *a priori*; la décision est prise au moment même de sa création. La

⁵¹ Sur le plan de l'analyse, selon notre intérêt de recherche, il peut être important, comme ce sera le cas ici, de distinguer clairement si le point de vue exprimé est celui d'un particulier exerçant librement son rôle de citoyen ou s'il s'agit plutôt d'une communication engageant une organisation. Nous y reviendrons dans le chapitre méthodologique et de façon plus détaillée dans l'analyse.

⁵² Cette typification n'exclut en rien la possibilité qu'un commissaire puisse juger trop restreinte la portée de son mandat compte tenu du problème qu'il a à traiter.

marge de manoeuvre est tout aussi grande en ce qui a trait à la qualité des personnes; on peut adapter la composition des participant(e)s en fonction des besoins spécifiques du mandat. Dans le cas d'une commission de réforme *du droit*, par exemple, les magistrats et les juristes seront généralement les groupes de professionnels les plus fortement représentés. Bien que pour des raisons différentes que celles invoquées plus haut pour les commissions d'enquête, la présidence sera également attribuée à un juge.

Le tableau suivant résume notre propos et permet de visualiser grossièrement les grands traits de cet effort de caractérisation (et de distinction) des commissions de réforme et d'enquête.

Tableau 1.3
Les traits caractéristiques et distinctifs des commissions de réforme
et des commissions d'enquête

| | Commission de réforme | Commission d'enquête |
|-----------------------------------|---|--|
| Fonction première | Consultative ou de recommandation | Enquête |
| Rôle | 1) Conseiller le gouvernement sur des questions générales. 2) Faciliter ou recueillir l'expression de l'opinion publique. | Enquêter, réunir des faits relatifs à un problème <i>particulier</i> . |
| Types de problèmes traités | Toute question politique ayant trait « au bon gouvernement » ou tout problème complexe exigeant l'apport d'experts. Ex : radiodiffusion; bilinguisme; usage non médical de stupéfiants, etc. | Toute question politique ayant trait aux affaires d'État, à l'administration d'un ministère ou à la conduite des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions. Ex : Grave incompétence; corruption; etc. |
| Portée du mandat | Définition large (plus ouverte). | Définition restreinte. |
| Composition des membres | Indéterminée dans le nombre et la qualité. | Indéterminée dans le nombre, mais au niveau de la qualité, on privilégie normalement un juge à la présidence. |

Si la tâche des commissions de réforme est essentiellement celle d'énoncer des politiques publiques, quelles contributions viennent-elles alors apporter dans un régime démocratique où s'adonnent déjà à cette tâche l'Administration publique, le Parlement et l'Exécutif? Ces commissions sont-elles nécessaires et si oui, pourquoi?

L'hypothèse générale que nous souhaitons développer ici met en relief trois ressources organisationnelles des commissions de réforme. Ces trois ressources sont le temps, la liberté cognitive et l'expertise. Ces trois ressources sont aussi trois hypothèses que nous allons explorer plus attentivement dans le premier chapitre de l'analyse (chapitre III) sur le fonctionnement de la Commission Ouimet. Ces hypothèses sont les suivantes :

- 1) Les commissions de réforme ont généralement à leur disposition beaucoup plus de temps pour explorer une question ou faire le tour d'un problème que le Parlement ou l'Exécutif souvent pressés par l'obligation de prendre une décision ou de produire des résultats dans l'immédiat. La temporalité plus longue des commissions de réforme permet d'élaborer les problèmes de façon plus complexe et de concevoir les solutions de façon plus rigoureuse;
- 2) Contrairement aux membres du Parlement ou de l'Exécutif, les membres des commissions de réforme ne sont pas tenus de s'astreindre à une discipline de parti. Ils ne sont pas directement orientés par l'idée de séduire un électorat spécifique ni soumis aux aléas d'une conjoncture politique particulière, du moins, pas au même degré que peuvent l'être les membres du Parlement et de l'Exécutif. Les membres qui siègent sur une commission de réforme se retrouvent par conséquent plus libres de contester l'état des choses et mieux habilités à explorer, le cas échéant, des idées nouvelles ou innovatrices;
- 3) Les commissions de réforme peuvent bénéficier de certaines ressources pour s'étendre dans l'empirie, pour consulter les experts et prendre contact avec des savoirs « sérieux » ou plus spécialisés. Sur certaines questions plus délicates ou plus complexes, elles

seront par conséquent généralement mieux nourries cognitivement que le Parlement ou l'Exécutif.

Loin de chevaucher les activités des pouvoirs législatif et exécutif, nous dirons plutôt, avec la *Commission de réforme du droit du Canada*, que les commissions de réformes peuvent au contraire constituer « un précieux complément aux institutions classiques de l'État, par leur apport en temps, en objectivité et en compétence technique et par les possibilités d'expression additionnelles qu'elles offrent à l'opinion publique » (C.R.D.C., 1977 : 16).

En matière de droit criminel, leurs contributions sur le plan des idées pourraient permettre aux acteurs politiques de se détacher des trames discursives de la rationalité pénale moderne et d'orienter l'élaboration des politiques pénales—notamment en ce qui a trait aux normes de sanction et aux principes et objets fondamentaux du droit criminel—de manière plus créative. Les politiques pénales élaborées dans l'enceinte du politique pourraient à leur tour, dans l'enceinte du juridique, se concevoir comme des incitations politiques à modifier les orientations cognitives qu'empruntent les juges et les magistrats pour appliquer la loi. Ce qui nous permet de faire le lien avec le prochain point : il s'agira pour nous de mettre en relief la face juridique des commissions de réforme du droit.

1.2.3.2 La face juridique des commissions de réforme du droit

Pour bien situer théoriquement les opérations des commissions de réforme dans l'ensemble des opérations du système juridique, nous emprunterons à la théorie des systèmes de Niklas Luhmann deux concepts-clés qui nous aideront à clarifier notre propos. Il s'agit des concepts d'auto-observation et d'auto-description.

On peut distinguer, au sein d'un même système social, au moins deux types d'opérations : des opérations plus *rudimentaires* qui, à un premier niveau, forment l'unité du système—on parlera ici de l'*auto-observation* du système⁵³—et des opérations plus *complexes* tenant compte de l'unité formée pour développer sur elle, à un deuxième niveau, une rationalité particulière—on parlera alors d'auto-description⁵⁴.

Pour Luhmann, l'unité du système social est assurée dans la fermeture opérationnelle du système où le système se constitue en faisant référence à lui-même (Luhmann 1984 : 408). Il le fait à travers des réseaux de communication circulaires permettant aux communications émergentes de s'appuyer ou de se référer à des communications du passé, orientant par le fait même les communications à venir. Dans le système juridique, ce processus décrit ce que Teubner appelle la « circularité fondamentale du droit » (Teubner, 1997 : 227).

Avec le temps et à force de récurrence, ces opérations de reproduction du système social créent ce que von Foerster appelle l'« historicité » du système (von Foerster, 1991). Cette historicité permet au système de se distinguer des autres systèmes, de s'individualiser et de se constituer une identité propre (Luhmann, dans Seidl, 2003 : 131). Dit autrement, c'est l'ordre établi par ces opérations rudimentaires qui trace les frontières communicationnelles permettant au système de se différencier de son environnement et d'exister dans sa différence.

Les opérations qui permettent la formation des auto-descriptions se construisent en référence aux opérations de l'auto-observation, mais elles sont

⁵³ On peut établir ici la correspondance avec les structures normatives du système de droit criminel dont nous avons parlé plus haut.

⁵⁴ On peut ici, de la même manière, établir la correspondance avec les structures cognitives du système de droit criminel dont nous avons également traité plus haut.

réalisées en dehors de celles-ci. Ainsi, comme l'explique Luhmann : les opérations qui caractérisent l'auto-observation « servent [...] de mémoire matérielle de laquelle les formes des auto-descriptions sont créées » (Luhmann, dans Seidl, 2003 : 134). Les auto-descriptions permettent notamment au système de thématiser, aux moyens d'artéfacts sémantiques⁵⁵, la distinction « système / environnement » opérationnellement actualisée par les opérations plus rudimentaires de reproduction (auto-observation). Ces artéfacts sémantiques n'ont pas pour but d'établir une correspondance nette avec l'auto-observation : toute auto-description est nécessairement simplifiante et peut à ce titre se concevoir théoriquement comme une « construction sociale de la réalité », au sens de Berger et Luckmann (1966).

On n'observe les opérations de *réflexion* de l'auto-description que dans le cadre opérationnel de certains systèmes sociaux plus complexes et sous certaines conditions (l'écriture, la capacité de développer des théories sur soi-même, etc.). En ce sens, si l'auto-observation concerne tous les systèmes sociaux, l'auto-description doit plutôt se concevoir comme une « performance » particulière que seulement certains systèmes sociaux plus complexes sont en mesure d'accomplir (Luhmann, 1984 : 455).

Appliquons ces distinctions aux opérations du système juridique et tentons de situer dans cet échafaudage conceptuel ce qui caractérise le rôle des commissions de réforme du droit dans le cadre opérationnel du système juridique.

Alors que les décisions judiciaires sont essentiellement élaborées dans une fermeture opérationnelle plus stricte qui concerne surtout l'auto-observation du système, celles que prennent les commissions de réforme du droit participent

⁵⁵ À titre d'exemple, on peut penser les éléments qui forment la *théorie du droit* comme des résultats produits par le système qui interprète sa propre auto-observation (Luhmann, 1993 : 54).

davantage aux opérations de *réflexion* du système. Les commissions de réforme peuvent⁵⁶ introduire, à l'intérieur même des frontières communicationnelles du droit, des auto-descriptions nouvelles, provocatrices, mais proprement juridiques.

Les auto-descriptions que produisent les commissions de réforme du droit font en ce sens partie des « sources virtuelles du droit » au même titre que la loi, la jurisprudence ou la doctrine : c'est-à-dire qu'elles peuvent motiver en toute légitimité d'autres décisions juridiques qui viendraient s'appuyer sur leur autorité. On peut en ce sens reconnaître aux communications des commissions de réforme une filiation proprement *juridique*.

La filiation juridique du discours devient théoriquement importante à partir du moment où l'on accepte de prendre au sérieux l'hypothèse de la « circularité fondamentale du droit » (Teubner, 1997 : 227). L'hypothèse implique, comme le suggérait ailleurs Gregory Bateson (1972 : 315), que l'information de l'extérieur peut uniquement faire une différence pour un système autoréférentiel si et seulement si l'information peut être traitée comme telle à l'intérieur du système lui-même, c'est-à-dire traitée comme information et non comme « bruit ». La circularité fondamentale du droit implique en d'autres termes que seuls des matériaux juridiques—ou rendus juridiques—pourront motiver en légitimité les décisions juridiques du système. Dans ce cadre, la filiation juridique des discours devient elle-même fondamentale, à la limite plus fondamentale encore que l'objet du discours. Les sciences sociales peuvent à leur guise discourir sur le droit, proposer de nouveaux matériaux, mais à moins que le droit ne choisisse lui-même de les procéduraliser (Teubner, 1996 : IX),

⁵⁶ Il est possible que des commissions de réforme ne produisent pas d'auto-descriptions nouvelles et qu'elles reconduisent plutôt les auto-descriptions dominantes. Mais il s'agit alors d'un problème empirique qui ne remet aucunement en question la possibilité que nous sommes en train de concevoir sur le plan théorique.

c'est-à-dire de les « convertir »⁵⁷ en matériaux proprement juridiques, cette variété non juridique en provenance de l'environnement restera étrangère au droit et ne pourra apparaître sur les « écrans » (Teubner, 1996 : 11) de la circularité fondamentale du droit.

À cet égard, les discours tenus par les commissions de réforme du droit auront une longueur d'avance. Non seulement ont-ils le droit comme objet d'étude, mais les matériaux produits sont souvent déjà directement mis en connexion avec des communications juridiques et donc marqués d'une filiation juridique qui les autorise à participer à la circularité fondamentale du droit : les tribunaux sont susceptibles de considérer en effet les idées produites par les commissions de réforme du droit comme des « sources » juridiquement valables. Sur le plan empirique, cette hypothèse d'une filiation juridique des discours produits par les commissions de réforme peut être vérifiée chaque fois qu'un juge puise dans les matériaux des commissions de réforme pour fonder l'autorité de ses décisions.

Du point de vue de l'évolution, un des avantages associés aux matériaux innovateurs produits par les commissions de réforme du droit sera donc celui d'élargir, *à l'intérieur même du système*, l'éventail des « matériaux juridiques » (Teubner, 1997) disponibles pour l'élaboration des décisions juridiquement légitimes. En d'autres termes, les nouvelles auto-descriptions produites par les commissions de réforme créent de la variété *juridique*, une variété qui augmente la complexité cognitive interne du système et qui augmente en même temps l'univers des possibles sur le plan des opérations rudimentaires.

⁵⁷ Dans un premier moment, nous avons dans cette recherche privilégié la notion de « traduction » pour caractériser ce phénomène. Ce choix fut finalement révisé au profit de la notion de « conversion » laquelle, mieux que la notion de traduction—qui présuppose trop souvent un seul signifiant et la conservation du sens tout au long du processus communicationnel—contribuait à mettre en évidence l'activité du système « récepteur » dans la conception d'un sens propre et qui en bout de ligne pourrait ne correspondre qu'en partie, voire plus du tout au sens d'origine.

Les auto-descriptions ne sont pas des discours flottants ou de simples idées suspendues au-dessus d'un vide opérationnel : elles sont bel et bien des « actes de langage » au sens de Austin (1970); elles énoncent des directions, des principes, des valeurs et des règles et sont par conséquent investies d'un « effet performatif » qui influence l'unité de l'action et les opérations rudimentaires de l'auto-observation. Un juge peut se référer aux auto-descriptions nouvelles des commissions de réforme du droit et fonder juridiquement une décision impopulaire du point de vue de l'historicité systémique. Non seulement sa décision vient-elle introduire une « anomalie » dans les opérations rudimentaires (auto-observation), mais elle vient en même temps créer un précédent communicationnel auquel d'autres communications à venir pourront se référer. Avec le temps, à force de récursivité et de redondance, ce qui fut jadis l'« anomalie » ou l'exception peut commencer à prendre la forme de la règle, la forme d'un nouvel ordre. Les innovations cognitives créées par les commissions de réforme du droit peuvent ainsi permettre au système de se réorienter autrement sur le plan de l'auto-observation, de modifier par et pour lui-même, l'« état antérieur du droit » (Noreau, 2004 : 89).

Même si plusieurs commissions de réforme en matière de droit criminel ont pu déplorer, à un moment ou à un autre, l'inaboutissement *politique* de leurs efforts, les recommandations/communications qu'elles ont permis d'institutionnaliser—même de façon marginale—demeurent des auto-descriptions *internes* qui, dans une conjoncture intra-système ou face à un environnement plus favorable, pourraient être considérées plus sérieusement par le système. Des auto-descriptions qui ont été latentes peuvent un jour devenir manifestes. Mais comme le souligne Seidl, cela implique que « l'organisation [réfléchisse] activement sur les auto-descriptions » (Seidl, 2003 : 142). Cela implique, en d'autres termes, la participation du système et d'un grand nombre d'acteurs capables de sélectionner et de stabiliser dans les structures normatives et cognitives ce qui a été développé par les commissions de réforme du droit.

L'introduction d'une idée innovatrice ou l'émergence d'une nouvelle autodescription dans le cadre d'une commission de réforme du droit ne dit rien sur la façon dont le système de droit pourra y réagir, s'il va ou non valoriser la nouveauté ou l'ignorer. Différents facteurs internes et externes peuvent venir faire obstacle au changement. À l'interne, une auto-description peut s'opposer à une autre, la neutraliser, la discréditer. C'est d'ailleurs ce qu'on a observé avec la rationalité pénale moderne qui se pose fréquemment comme un obstacle cognitif à l'apprentissage et à la valorisation des pensées alternatives. À l'externe, le contexte social peut aussi avoir un effet sur la relation que le système entretient par rapport aux possibilités de changement offertes.

Les commissions de réforme du droit peuvent produire de la variété (innovatrice), mais elles ne peuvent ni sélectionner ni stabiliser la variété qu'elles ont produite. Ces opérations ne leur reviennent pas; elles reviennent plutôt aux autres circuits de communication ou aux autres organisations politiques (Parlement, Cabinet) et juridiques (tribunaux, doctrine). Les opérations de sélection et de stabilisation de la variété sont des opérations contingentes qui requièrent l'engagement du système à un niveau plus macro-sociologique. Les commissions de réforme peuvent créer de la diversité, elles peuvent préparer et mettre en forme des communications proprement juridiques, mais elles ne peuvent ni sélectionner ni stabiliser leurs propres communications (recommandations) dans les opérations de reproduction des systèmes politique et juridique.

Un observateur pourra toujours parler de l'échec d'une commission de réforme particulière lorsque celle-ci n'aura pas rempli sa prestation de produire de la variété si cela correspond à ce qu'il attend d'une commission de *réforme*. Mais il aurait tort de blâmer cette commission par le fait que le politique et le juridique n'aient pas valorisé les variétés innovatrices produites par la commission. Dans ces

cas, l'« échec » n'est alors pas celui de la commission, mais bien celui des autres systèmes et des autres organisations qui pour diverses raisons n'auront pas voulu « prendre leur responsabilité » sur le plan de la sélection de la variété.

Les obstacles sont alors possibles et se présentent en deux types. Certains sont cognitifs, alors que d'autres sont relatifs à l'articulation improbable des communications entre les systèmes. Dans le cas du système de droit criminel moderne, ces deux obstacles sont fort probables quand il s'agit d'innover par rapport à la rationalité pénale moderne. Mais de les identifier demeure toujours un problème empirique et c'est en partie sur ce problème que notre recherche veut aussi porter.

La figure ci-dessous résume l'ensemble de nos considérations sur la manière de concevoir théoriquement le rôle des commissions de réforme sur le plan de l'évolution identitaire du système de droit criminel moderne.

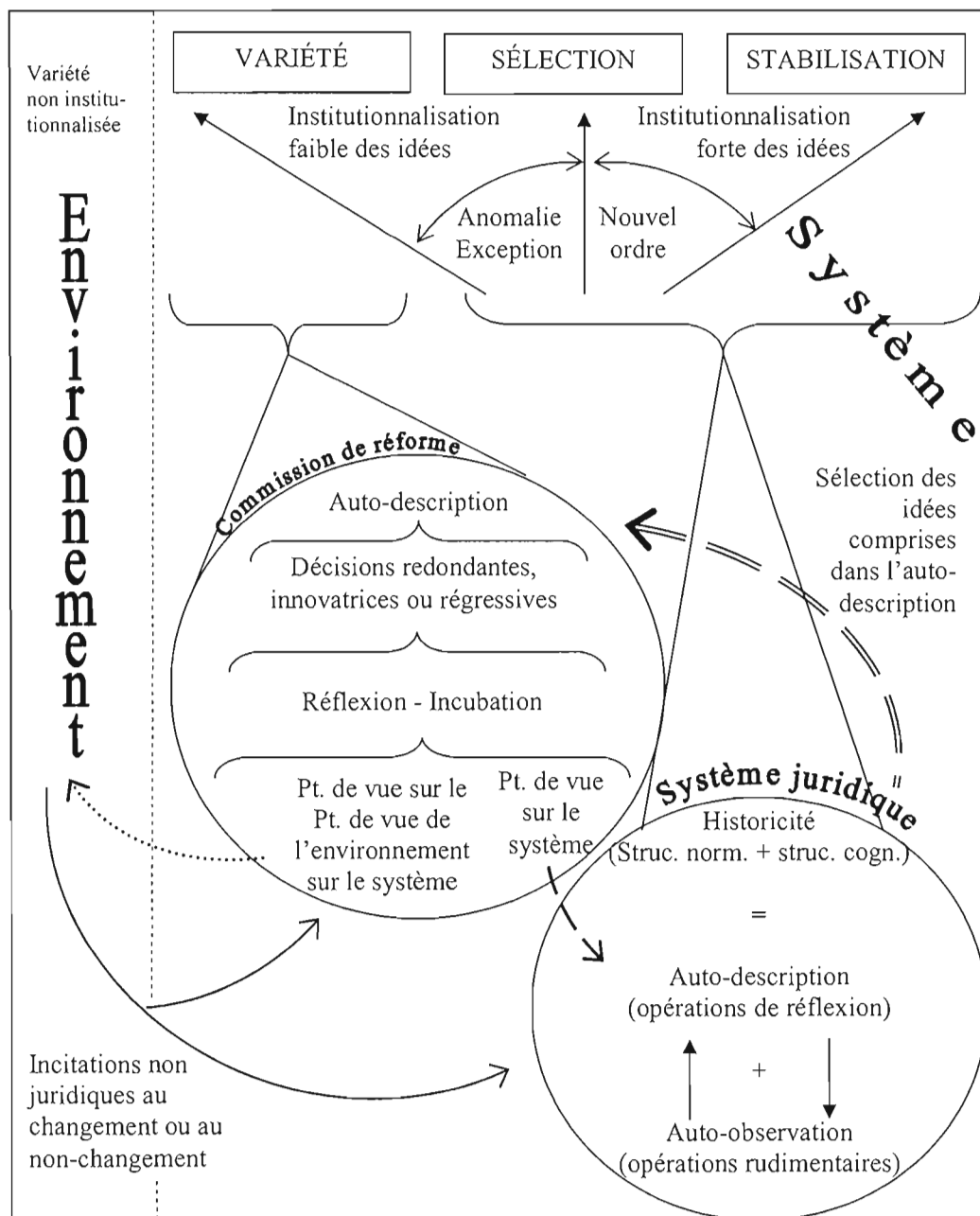


Figure 1.3 Le rôle des commissions de réforme du droit sur le plan de l'évolution identitaire du droit criminel moderne

Dans ce schéma, les commissions de réforme du droit sont théoriquement pensées comme des lieux de *réflexion* du droit sur le droit pour le

politique et le juridique (au premier plan) : lieux de construction d'auto-descriptions, « lieux de mémoire »⁵⁸, lieux éventuels d'apprentissage et de créativité, ou encore lieux d'« entreposage » de la variété, lieux pouvant—sous certaines conditions—permettre au système de se libérer des exigences de son historicité et de sortir d'une simple dynamique de reproduction du même par le même.

Le schéma permet d'observer l'ouverture cognitive virtuelle des commissions de réforme sur le système juridique de même que sur l'environnement. Cognitivement ouvertes sur le système juridique, les commissions de réforme du droit permettent d'instituer un point de vue réflexif sur les structures normatives et cognitives du système, sur ce qui caractérise son historicité à un moment donné. Elles tiennent compte des opérations rudimentaires (auto-observation), des opérations de réflexion (auto-description) et des influences que ces deux modes opératoires exercent l'un sur l'autre. Dans le schéma, cette première forme d'ouverture cognitive est représentée par la *petite flèche pointillée* allant de la commission de réforme vers le système juridique. Ces opérations permettent à la commission de réfléchir sur le droit et de construire un point de vue sur le système, sur ce qu'il est et sur qu'il pourrait ou devrait être.

Les commissions de réforme du droit sont également des lieux juridiques périphériques favorisant les « échanges » ou les connexions « système — environnement »⁵⁹. L'ouverture cognitive dirigée vers l'environnement, celle que nous représentons par la flèche *ponctué*e (en bas à gauche du schéma) illustre l'entrée en contact de la commission de réforme avec une source de variété non juridique qui se présente sous la forme d'irritants externes. Ces irritants peuvent théoriquement se

⁵⁸ Nous empruntons cette notion à Pierre Nora (1984) et l'adaptions à notre propos.

⁵⁹ Ne pas confondre « système — environnement » et « système / environnement ». Le trait d'union « — » renvoie à la connexion ou aux « échanges » entre le système et son environnement. Il marque l'ouverture cognitive du système. La barre oblique « / » renvoie plutôt à la différenciation du système par rapport à son environnement. Elle marque ainsi la fermeture opérationnelle du système.

concevoir comme des incitations non juridiques qui stimulent autant la commission de réforme que le système juridique (flèche continue à double tête) à privilégier soit la variété, soit la redondance. Nous allons ainsi concevoir les commissions de réforme du droit comme des instances de « conversion » qui participent au repérage des *irritants* environnementaux et à leur mise en forme proprement juridique. En s'ouvrant cognitivement sur cette source de variété non juridique, la commission construit, entre autres choses, un point de vue sur le point de vue de l'environnement sur le système.

Ces deux points de vue, celui de la commission sur le système et celui de la commission sur le point de vue de l'environnement sur le système, servent de base à ses opérations de réflexion interne. Ici, la commission de réforme est opérationnellement fermée. On peut théoriquement parler d'une période d'« incubation » tout au long de laquelle des décisions sont prises sur ce qu'il faut retenir ou écarter dans l'ensemble des possibilités offertes ou disponibles pour la réforme du système. Le produit final de ce travail de réflexion interne est un discours sur le droit, une auto-description privilégiant elle-même soit la redondance, soit la variété. Ce discours se matérialise sous la forme écrite (rapport officiel) et permet ce que nous appelons ici une forme de « pérennisation du discours »⁶⁰.

Dans ce cadre, on assiste à une institutionnalisation faible d'une forme de variété proprement juridique. Discrètement localisés dans la périphérie, ces

⁶⁰ La pérennisation du discours vient protéger le discours contre les risques associés à l'« érosion » du sens par le temps. La pérennisation aura comme avantage de prolonger la pertinence du discours au-delà du cadre de sa contemporanéité. Dans le cas de la Commission Ouimet, cette pérennisation est assurée autant par la publication du rapport officiel que par la conservation de ses travaux dans les Fonds d'archives du Canada. La matérialisation de la sémantique à travers la forme écrite, mieux que ne l'aurait fait l'oralité—qui trop souvent a pour effet de soustraire la préservation du discours et de son sens aux exigences contingentes de sa transmission—permet aux idées véhiculées par les commissions de réforme de se préserver et de garder une certaine pertinence quand bien même le discours pourrait rester longtemps exclu de la circularité fondamentale du droit.

discours pérennisés demeurent ainsi en tout temps accessibles. Ils peuvent à tout moment susciter un nouvel intérêt, sortir de la périphérie et cheminer vers le centre du système, profitant ainsi de ce repositionnement pour s'imprégner plus profondément dans les opérations de régularisation interne. Les idées passent alors d'une institutionnalisation faible à une institutionnalisation forte. Tout dépend non plus de la commission, mais bien de la réception des idées et de la valeur que le système juridique peut leur accorder. En attendant, du point de vue de l'historicité du système, ces discours marginalisés sont encore des « anomalies », des exceptions par rapport à l'ordre établi.

Les systèmes juridique et politique peuvent sélectionner ou ignorer la variété produite par les commissions de réforme du droit. Dans le cas du système juridique, ce processus de sélection est schématisé par la *double flèche pointillée* (du système vers la commission). En la sélectionnant, les systèmes politique et juridique participent à la diffusion des idées nouvelles. Avec le temps et à force de récursivité, ces sélections permettent leur stabilisation, ce qui peut théoriquement se concevoir, ou non, selon le cas, comme un changement de régime ou une forme d'évolution identitaire.

Pour pouvoir l'affirmer, il faudra remobiliser notre « état théorique de référence »⁶¹ et s'interroger sur la nature des changements apportés. Il faudra entre autres se demander si le « cadre stable » a été modifié, s'il occupe ou non la même place dominante dans le système, et s'il convient ou non de parler d'évolution.

⁶¹ Voir page 18.

Nous pouvons ici suspendre, du moins provisoirement⁶², le travail théorique. La rationalité pénale moderne ayant été définie, les dimensions conceptuelles de l'innovation ayant été dégagées, les faces politique et juridique des commissions de réforme du droit ayant été distinguées, nous pouvons enchaîner avec les considérations méthodologiques.

⁶² Le travail théorique est toujours un « *work in progress* ». Le travail de réflexion se poursuit avec l'observation empirique. En ce sens, il est possible que notre analyse vienne elle-même nous obliger à revenir sur les affirmations théoriques de ce premier chapitre. Au besoin, les nuances, les corrections ou les précisions seront faites en temps et lieu dans les chapitres analytiques III, IV et V.

CHAPITRE II

CHAPITRE MÉTHODOLOGIQUE

Notre recherche s'ancre dans la théorie, mais elle veut aussi pouvoir s'ancrer dans l'empirie. Nous avons jusqu'ici fait vaguement référence à un matériel empirique formé du rapport officiel de la Commission Ouimet et de certains documents d'archives. Nous allons maintenant pénétrer cet univers total de documents, préciser les opérations de sélection qui ont été réalisées pour la circonscription de notre corpus empirique et pour l'organisation du matériel en vue de l'analyse. Nous discuterons par ailleurs de la méthode que nous avons privilégiée pour faire « parler » notre matériel sur différentes questions, thèmes ou problèmes pertinents pour l'avancement de notre réflexion sur les conditions d'émergence d'un système de pensée alternatif en matière de droit criminel moderne.

2.1 L'univers total des documents

L'univers « total » des documents qui était dès le départ mis à notre disposition comprenait trois types de documents : des documents rédigés *pour* la Commission Ouimet, des documents rédigés *par* la Commission Ouimet et des documents plus hybrides, produits à la fois *par* et *pour* la Commission Ouimet.

Outre le rapport final que l'on peut trouver en circulation libre, tant en version française qu'anglaise, tous les autres documents peuvent être librement consultés dans les locaux des Archives Nationales du Canada. On peut les identifier sous « *Fonds ANC, RG 36, Série 24 (Comité Canadien des corrections), 1965-1969, 34 vols* ». En y accédant, le chercheur peut consulter 34 boîtes de documents (3,42 mètres de documents) regroupant toute une série d'écrits ayant été créés dans le cadre des activités de la Commission Ouimet.

Que l'on se positionne du point de vue de la qualité des documents ou qu'on les évalue du point de vue de leur diversité, la richesse du matériel empirique est indéniable. En ce qui a trait à son originalité, à notre connaissance, avant notre recherche, ce fonds d'archives n'avait pas encore fait l'objet d'un dépouillement systématique.

Considérons plus en détail, dans l'ensemble de ce vaste matériel empirique, les types de documents que nous avons pu rencontrer.

2.1.1 Les documents rédigés *pour* la Commission

Le premier type de documents comprend les documents rédigés *pour* la Commission Ouimet. Ils peuvent être regroupés en deux catégories : d'abord *les documents spontanément adressés à la Commission* (2.1.1.1) et ensuite, *les documents produits à la demande de la Commission* (2.1.1.2).

2.1.1.1 Les documents spontanément adressés à la Commission

Parmi les documents spontanément adressés à la Commission, on compte toute une série de lettres citoyennes et multiples mémoires en provenance de l'environnement externe. Ces lettres et ces mémoires ont été rédigés soit à *titre personnel*, c'est-à-dire par un ou plusieurs individus, soit à *titre associatif* par des groupes sociaux organisés tels que les organismes communautaires, les associations de Chefs de police, les associations de juristes, de juges et de magistrats, etc.

Dans la saisie du matériel empirique, nous avons pu, à partir du critère de personnification, distinguer entre un document produit à titre personnel par plusieurs individus et un document produit à titre associatif par un groupe social organisé: dans le cas de communications pouvant être attribuées à des consciences individuelles *nominales*, à des entités individuelles concrètes, nous avons considéré les documents comme des documents ayant été rédigés à titre personnel; dans le cas contraire, dans le cas où les communications n'étaient pas rattachées à des consciences individuelles spécifiques et entendaient plutôt représenter un ensemble non nominal d'individus, nous avons considéré les documents comme des documents ayant été produits à titre *associatif* (non personnel).

2.1.1.2 Les documents produits à la demande de la Commission

En ce qui a trait aux documents produits à la demande de la Commission, on regroupe ici les rapports d'« experts » qui se sont penchés sur certaines questions plus complexes pour produire des connaissances spécialisées dont pouvaient avoir besoin les membres de la Commission et auxquelles ils n'auraient autrement pu avoir accès. Ces connaissances n'ont pas été produites à titre personnel ni à titre associatif. Elles ne prétendent ni représenter le point de vue subjectif d'un

locuteur ni le point de vue corporatiste d'une association professionnelle particulière. Ici, le discours relève d'une toute autre logique de production de la connaissance.

Pour saisir théoriquement la spécificité de ces contributions d'experts⁶³, on peut les concevoir comme des constructions de la réalité qui suivent de très près les standards de la science moderne⁶⁴ : tout comme le font les connaissances produites dans le système scientifique, les connaissances produites par les experts aspirent à une forme d'objectivité épistémologique « procéduralisée » à travers des règles d'observation méthodologiques rigoureuses.

2.1.2 Les documents rédigés *par* la Commission

Les documents rédigés *par* la Commission Ouimet comprennent le rapport officiel de la Commission et toute une série de documents archivés tels que les *procès-verbaux* des différentes réunions avec les consultants, les *notes de service* confidentielles qui ont circulé entre les membres de la Commission, les *documents de travail* et les *ébauches de chapitres*, les *notes manuscrites* du président de la

⁶³ Ne pas confondre les experts avec les consultants de la Commission Ouimet. Plusieurs points les distinguent. Les experts ont été sélectionnés par les membres de la Commission Ouimet. Les consultants ont quant à eux été sélectionnés par le Politique—et probablement par les mêmes acteurs qui ont participé à la sélection des membres de la Commission Ouimet : ces opérations de sélection se déroulent en effet dans une même temporalité. Il est important de souligner par ailleurs que les experts ont été mis à contribution de façon ponctuelle, ad hoc, c'est-à-dire qu'on leur a demandé d'intervenir sur une question particulière et à un moment très précis dans le déroulement des travaux de la Commission. Les consultants ont pour leur part accompagné les travaux de la Commission du début à la fin et ont été sollicités sur toute une série de questions extrêmement variées, allant de la conception de leur propre rôle dans le cadre des activités de la Commission, jusqu'à la révision des ébauches de chapitres, en passant par la définition des termes du mandat.

⁶⁴ Bien que ces considérations permettent de distinguer l'activité cognitive des experts de celle des consultants, dans certains cas, c'est à des consultants que la Commission aura demandé d'agir à titre d'« expert ». Ces derniers cas ne brouillent cependant pas la distinction. Le consultant devient momentanément expert le temps de produire une contribution d'expert; à l'extérieur des activités relatives à la production de sa contribution d'expert, il peut continuer, sur d'autres questions, d'agir comme consultant et continuer d'apporter une contribution de consultant.

Commission—notamment celles prises dans le cadre d'un colloque, lors d'une visite au pénitencier ou encore durant des entretiens réalisés avec différents acteurs tels que les intervenants en milieu de détention, les directeurs d'établissements correctionnels, les doyens de facultés de droit, les agents de probation et de libération conditionnelle, les juges et magistrats, etc.

2.1.3 Les documents hybrides

Les documents que nous avons qualifiés d'« hybrides » sont des documents qui ont été produits à la fois *par* et *pour* la Commission. Nous faisons essentiellement ici référence aux questionnaires que la Commission a construits et acheminés dans différents lieux institutionnels afin d'obtenir de l'information ou sonder des opinions sur différents thèmes pertinents pour la réflexion et l'avancement des travaux.

Correspondent par exemple à ce type de documents, les questionnaires qui ont été préparés par la Commission Ouimet et auxquels ont répondu les juges et magistrats canadiens sur l'usage des châtiments corporels comme *sanction du droit criminel*. Y correspondent aussi ceux auxquels ont participé les agents des services correctionnels sur l'usage des châtiments corporels *comme mesure disciplinaire* dans les établissements correctionnels canadiens.

2.2 La réduction de l'univers total des documents

Ce que nous venons de décrire constitue l'univers total des documents compris dans le fonds d'archives. C'est à l'intérieur de cet univers que nous avons stratégiquement opéré certaines sélections nous permettant de le circonscrire en un

univers de documents *pertinents*, puis de circonscrire ce dernier à un ensemble d'énoncés susceptibles d'éclairer nos questions de recherche et de nous aider à répondre aux objectifs poursuivis dans le cadre de cette recherche.

2.2.1 Le guide de sélection

La sélection de documents et la sélection des énoncés n'ont évidemment pas été opérées de façon arbitraire, elles se sont plutôt laissées guider par les liens que nous avons pu ou non établir avec nos objectifs et questions de recherche. Au terme du chapitre théorique précédent, nous avons à notre disposition un guide de lecture divisé en trois objectifs de recherche et auxquels se rattachait toute une série de questions spécifiques.

Le premier objectif faisait référence au statut de la Commission Ouimet, à son fonctionnement organisationnel, à son rapport à l'environnement, à la connaissance, etc. Il s'agissait pour nous d'élaborer une description des structures et des opérations de cette organisation périphérique du droit ayant pu contribuer ou nuire à l'émergence d'un système de pensée alternatif en matière de droit criminel. Ces observations allaient par la suite nous permettre de les élever à un niveau d'abstraction théorique supérieure et de tenter la formulation de certaines hypothèses générales sur la conceptualisation du rôle et des limites d'une commission de réforme du droit par rapport au problème de l'évolution identitaire du système de droit criminel moderne. À ce premier objectif, nous avons rattaché les questions suivantes :

- a) Question relative au statut de la Commission Ouimet : Instituée par le Politique, comment la Commission s'est-elle positionnée par rapport à la possibilité d'actualiser sa propre autonomie organisationnelle? L'image qu'elle s'est faite d'elle-même (sa propre auto-description en tant qu'organisation) a-t-elle joué un rôle

important dans la qualité de sa contribution pour une évolution identitaire du système?

- b) Question relative au fonctionnement de la Commission Ouimet : À l'intérieur de la temporalité qui lui a été accordée pour l'accomplissement de ses travaux, comment la Commission a-t-elle organisé les opérations de réflexion, la production du consensus et la prise de décisions?
- c) Question relative au rapport de la Commission à son environnement : Comment la Commission a-t-elle procédé sur le plan de la consultation? Quelle a été son étendue dans l'empirie? Qui a-t-elle pu rejoindre et par quels moyens?
- d) Question relative au rapport de la Commission à la connaissance : Comment la Commission s'est-elle positionnée par rapport à la diversité des points de vue qu'elle a pu recueillir? Était-elle normativement préoccupée par une logique de reproduction cohérente *du même par le même* où se percevait-elle, au contraire, cognitivement libre d'innover? S'est-elle prudemment campée dans la normativité de ce qui faisait à l'époque toute la cohérence interne du système de pensée dominant du droit criminel moderne ou s'est-elle au contraire donnée les conditions de créer une forme d'ouverture cognitive favorable à l'émergence des idées innovatrices?

Le premier chapitre analytique (chapitre III) va tenter d'apporter des réponses à ces questions.

Le second objectif de cette recherche se réfère aux interlocuteurs de la Commission Ouimet. Il s'agissait de décrire les points de vue que ces individus ou groupes d'individus (associations) ont voulu défendre auprès de la Commission sur une ou plusieurs questions d'intérêt. Cet objectif porte en d'autres termes sur les idées qui, à partir de l'environnement de la Commission Ouimet, sont venues percuter ses frontières communicationnelles pour prendre la forme d'irritants externes. La réflexion autour de cet objectif va nous permettre de connaître les fondements

cognitifs des discours environnementaux qui ont ici, dans le cadre des activités de la Commission Ouimet, favorisé l'émergence des idées innovatrices. Ces observations vont nous permettre également de définir, à l'extérieur des frontières communicationnelles du système de droit criminel ce qui constitue les principaux obstacles cognitifs à la formation d'un système de pensée alternatif et à l'évolution identitaire du droit criminel moderne. Les questions qui se rattachent à ce deuxième objectif sont les suivantes :

- e) Quel rapport ont entretenu les idées proposées par les interlocuteurs de la Commission Ouimet avec les idées dominantes de la rationalité pénale moderne? Ont-elles favorisé l'émergence de la variété ou se sont-elles au contraire confinées dans la redondance?
- f) Peut-on observer dans cet environnement une forme de consensus sur certaines questions d'intérêt (théories de la peine, normes de sanction, objets et principes fondamentaux du droit criminel moderne)? Certaines idées sont-elles uniformément diffusées dans l'environnement? Des idées caractérisent-elles davantage, au contraire, le point de vue de certains types d'interlocuteurs particuliers plutôt que d'autres?
- g) À quel moment dans le modèle que nous avons privilégié pour concevoir le processus de l'évolution du droit criminel moderne ces différents interlocuteurs de la Commission Ouimet sont-ils susceptibles d'intervenir (positivement ou négativement): au moment de l'émergence et de la mise en forme de la variété ? ; au moment de la sélection des idées innovatrices ? ; au moment de leur stabilisation ?

Nous poursuivons ce deuxième objectif et tentons de répondre à ces questions dans le deuxième chapitre analytique (chapitre IV).

Le troisième objectif a trait aux idées et propositions de changement qui ont été élaborées par la Commission Ouimet elle-même. Il s'agit ici de saisir à la fois

la qualité de la variété juridique qui a été instituée dans son discours ainsi que la qualité des obstacles cognitifs qui ont été reconduits. Dans un cas comme dans l'autre, l'objectif est de produire une analyse des implications théoriques et pratiques de la variété et de la redondance quant à l'émergence d'un système de pensée qui ne soit pas, point par point, déterminé par les idées dominantes de la rationalité pénale moderne. Les questions qui se rattachent à ce troisième objectif sont les suivantes :

- h) Comment la Commission envisage-t-elle le rôle du système de droit criminel moderne dans la société, comment conçoit-elle sa fonction, les limites de son champ d'application et la légitimité de ses modes d'intervention?
- i) Quel rapport la Commission entretient-elle avec les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réhabilitation en matière de droit criminel? Comment se positionne-t-elle par rapport à l'obligation de punir, à la souffrance et à l'exclusion sociale?
- j) Comment la Commission définit-elle l'éventail des sanctions du droit criminel? Accorde-t-elle à l'incarcération la même importance que lui a accordée la rationalité pénale moderne? Est-elle favorable aux sanctions alternatives?

Nous traitons de ce dernier objectif et des questions qui s'y rattachent dans le troisième et dernier chapitre analytique (chapitre V).

Ces trois objectifs et les questions de recherches qui se rapportent à chacun d'eux nous ont servi de cadre de référence pour la délimitation de notre corpus empirique.

2.2.2 Le premier moment de sélection : le choix des *documents pertinents*

Le premier moment de sélection regroupe les opérations qui ont été réalisées pour délimiter, à l'intérieur de l'univers empirique total, un univers plus restreint, constitué de documents « *susceptibles* d'apporter des informations sur le problème soulevé » (Bardin, 1977 : 94, notre souligné).

Pour délimiter ce corpus empirique, nous avons entrepris une première lecture flottante de l'ensemble du matériel. Il ne s'agissait pas tellement d'entrer ici en profondeur dans le contenu des documents eux-mêmes, mais de connaître plus globalement les types de documents, d'identifier de façon générale les thèmes qui ont été traités dans les travaux de la Commission Ouimet, de « rencontrer » les différents interlocuteurs qui, par la production de documents, ont contribué aux travaux de la Commission.

Cette première lecture nous a permis d'éliminer d'entrée de jeu plusieurs documents ou sections de documents qui nous ont paru n'entretenir aucun lien avec nos objectifs et questions de recherche.

Lorsque nous devions travailler à partir du rapport de la Commission, nous avons déjà à notre disposition une table des matières détaillée à partir de laquelle nous pouvions plus ou moins aisément, à partir des titres et sous-titres, repérer les sections susceptibles de contenir de l'information pertinente pour notre recherche. Lorsque nous devions travailler à partir des documents d'archives, nous avions à notre disposition l'outil de repérage produit par les archivistes des Archives nationales du Canada. À partir de cet outil, nous en avons développé un autre plus complet et plus adapté aux besoins spécifiques de cette recherche. Notre propre outil a donc été construit au fur et à mesure que nous avançons dans la lecture flottante.

Cet outil de repérage dresse en définitive la liste des 34 boîtes d'archives et répertorie tous les dossiers et documents classifiés dans chacun d'eux, prenant soin de préciser pour chaque document leur titre et de façon plus générale, les thèmes généraux dont il traitait. Dans les cas où le titre n'était pas suffisamment explicite pour nous permettre de dire si le document pouvait ou non être susceptible de nous intéresser, nous avons pris soin d'inclure l'information relative aux différentes sections du document (sous-titres). Nous y avons également inclus toute l'information pertinente concernant leurs auteurs, ce qui nous a permis de dresser très rapidement une typologie des « interlocuteurs » de la Commission et d'avoir une idée plus précise de ce que fut, à l'époque, son « environnement » immédiat.

À partir de ces deux outils de repérage, que nous allions par ailleurs faire interagir avec notre guide de sélection (lequel précise les objectifs et questions de recherche—voir 2.2.1), nous étions en mesure d'opérer nos premières sélections et de limiter le corpus empirique à un certain nombre de chapitres du rapport officiel et à un certain nombre de documents d'archives.

2.2.2.1 La sélection des documents pertinents pour le premier objectif

En ce qui a trait à notre premier objectif de recherche, lequel, rappelons-le, porte plus spécifiquement sur le fonctionnement de la Commission Ouimet et les conditions structurelles *internes* favorables ou non à l'émergence des idées innovatrices, autant le rapport officiel de la Commission que les documents d'archives ont constitué notre cadre de référence pour la sélection.

Au niveau du rapport, le chapitre 1, intitulé « Historique », offrait plusieurs éléments d'information pertinents sur la constitution de la Commission Ouimet, sur les consultants qui ont accompagné ses travaux, sur la définition du

mandat qui lui avait été confié de même que sur les différentes activités entreprises pour le réaliser (les réunions, les visites, les entrevues, les questionnaires, les tâches spéciales, etc.).

Toujours en lien avec le fonctionnement de la Commission, nous avons aussi retenu certains appendices du rapport final de la Commission, notamment l'appendice A qui énumère tous les lieux—essentiellement des établissements pénitenciers—qui ont été visités, au Canada ou ailleurs à l'étranger; également l'appendice B qui présente toutes les conférences, canadiennes ou internationales, auxquelles ont assisté un ou plusieurs membres de la Commission; aussi l'appendice C qui dresse la liste de tous les mémoires reçus par le Comité, précisant les auteurs et les titres; finalement, l'appendice D qui reproduit la liste des rapports d'experts réalisés à la demande de la Commission. Ces appendices étaient susceptibles de contenir de l'information pertinente sur l'ouverture cognitive de la Commission Ouimet, sur son étendue dans l'empirie et la diversité des sources d'information qui ont pu nourrir sa réflexion.

Quant aux documents archivés, les premiers contacts établis avec notre fonds d'archives ont permis d'identifier toute une série de volumes, de dossiers, de textes ou sections de textes susceptibles de comprendre des énoncés qui allaient nous aider à mieux comprendre comment le Politique avait au départ envisagé le rôle de la Commission Ouimet et comment la Commission avait elle-même par la suite fait pression sur les représentants du ministère de la Justice pour revendiquer son autonomie et concevoir, à sa façon, le mandat qu'on lui avait confié. Nous avons à cet égard retenu des lettres en provenance du Conseil Privé de la Reine, du ministère de

la Justice, du Solliciteur Général du Canada et les comptes rendus des réunions que les membres de la Commission ont tenues avec ces divers acteurs politiques⁶⁵.

D'autres documents étaient susceptibles de produire des informations pertinentes sur la manière dont les membres de la Commission ont pu s'y prendre pour définir et mobiliser leur propre environnement externe et traiter de la masse d'information recueillie à partir des échanges avec ce dernier. Nous avons à cet effet retenu tous les comptes rendus des réunions organisées entre les membres de la Commission ou encore entre les membres de la Commission et leurs consultants⁶⁶. On allait aussi tenter de comprendre, à partir de ces mêmes documents, comment la Commission a pu, dans son processus de réflexion, mettre à contribution plusieurs subjectivités—notamment un grand nombre de consultants—sans pour autant abandonner la possibilité de faire consensus et de prendre des décisions collectivement engageantes pour ses membres⁶⁷. Finalement, nous avons retenu d'autres types de documents, tels que les notes de service qui ont circulé sous le sceau de la confidentialité entre les membres de la Commission. Ces derniers documents devaient entre autres nous permettre de définir la position de la Commission par rapport à la cohérence interne du système de droit criminel moderne de même que par rapport à la possibilité de modifier l'historicité de ce sous-système juridique.

⁶⁵ À titre d'exemple, nous avons retenu le document intitulé « Meeting of the Committee of the Privy Council, approved by his excellency the Governor General on the 1st of June, 1965 » (Volume 1), le document « Memorandum : Department of Justice, September 13, 1965 » (Volume 4), etc.

⁶⁶ À titre d'exemple, nous avons ici retenu le document « Canadian Committee on Corrections: methods of work » daté du 31 Octobre 1965, que l'on retrouve dans le cartable noir de la toute première boîte des 34 boîtes d'archives (cartable intitulé « Office, Orders in Council, agendas, minutes of meetings »). Autre exemple, le document « Réunion sténographiée avec les consultants » daté du 12 janvier 1966 (Volume 2).

⁶⁷ Plusieurs passages pertinents ont ici été tirés de documents tels que le « Canadian Committee on Correction: Rules of procedure for committee meetings », daté du 16 Août, 1966 (Volume 1).

2.2.2.2 La sélection des documents pertinents pour le deuxième objectif

En ce qui a trait au deuxième objectif, se rapportant à l'analyse des points de vue adoptés par les interlocuteurs de la Commission Ouimet sur les questions d'intérêt, nous avons sélectionné plusieurs mémoires ou sections de mémoires. C'est ici que notre outil de repérage conçu pour les documents d'archives s'est avéré le plus utile. Dans certains cas, il nous permettait d'établir des liens de correspondance sémantiques directs entre le contenu des documents et l'objectif que nous poursuivions. L'identification de ces documents était presque instantanée et la sélection allait alors de soi.

Par exemple, à l'aide de nos outils de repérage, nous pouvions facilement repérer le volume 22 dont l'un des dossiers traitait des « Basic Principles and Purposes of Criminal Justice » : le lien de correspondance sémantique avec notre deuxième objectif de recherche—notamment via la question e) ne faisait aucun doute. Les sous-titres ont aussi souvent été d'une précieuse aide.

Pour certains cas moins explicites, la sélection a été opérée non pas par correspondance sémantique, mais bien par association d'idées. Par exemple, le dossier « Canadian association of Chiefs of Police – Brief to the Standing Committee of Justice and legal affairs re *destruction of Criminal records* » (volume 4, notre souligné) n'entretient pas, au niveau du libellé, un lien direct ou explicite avec nos questionnements. Pourtant, il nous a paru important de le retenir. Pourquoi? Les savoirs critiques qui se sont exprimés sur l'impact que le dossier judiciaire pouvait avoir dans la trajectoire sociale d'un individu l'ont souvent décrit comme un obstacle à la réinsertion sociale. Ces considérations, par association d'idées, entretenaient

finalement un lien fort avec la théorie de la réhabilitation⁶⁸, ce qui pour nous justifiait qu'il faille retenir ce document. Évidemment, une connaissance générale de la littérature spécialisée en criminologie et en sociologie de la déviance s'est avérée un atout pour la sélection par association d'idées.

2.2.2.3 La sélection des documents pertinents pour le troisième objectif

En ce qui concerne la sélection des documents pour notre dernier objectif de recherche, nous avons essentiellement travaillé à partir du rapport officiel de la Commission Ouimet.

Dans un premier moment, nous avons utilisé comme outil de repérage la table des matières du rapport qui nous paraissait suffisamment bien détaillée pour pouvoir nous y fier. Nous pouvions clairement voir, par exemple, la pertinence des chapitres 2 et 11 traitant respectivement des « Principes et objets fondamentaux de la justice criminelle et de « La sentence ». Ces chapitres ont d'office été incorporés au corpus empirique. Certains extraits des chapitres 2 et 11 nous renvoyaient cependant à d'autres chapitres du rapport, des chapitres qu'à partir de la table des matières nous avons *a priori* décidé d'exclure. En lisant avec attention ces chapitres « impromptus », nous avons pu nous apercevoir que des idées innovatrices et des obstacles cognitifs à l'émergence d'un système de pensée alternatif apparaissaient avec toute leur pertinence pour notre analyse.

La découverte de ces éléments d'information inattendus allait être certes fort enrichissante pour notre analyse, mais en attendant, elle pointait en direction d'un

⁶⁸ Cette intuition se confirme d'ailleurs dans l'un des dossiers du volume 9 où s'insère un mémoire intitulé : « Significance of Criminal records and recognition of rehabilitation » (13 novembre, 1967).

problème méthodologique qu'il nous fallait résoudre. Nous ne pouvions plus nous fier à la table des matières pour simplement sélectionner à partir d'elle les chapitres qui nous paraissaient pertinents. Le filtre était trop poreux et il fallait revoir toute la stratégie.

À cet effet, nous avons abandonné complètement la règle de la pertinence pour adopter plus prudemment *la règle de l'exhaustivité* (Bardin, 1977). Cette règle allait exiger du chercheur une lecture attentive des 554 pages du rapport officiel.

Le problème que nous venions de rencontrer venait évidemment remettre en question toute la stratégie que nous avons adoptée pour la sélection des documents d'archives. Il nous était toutefois impossible de résoudre ce problème en adoptant la règle de l'exhaustivité : les délais institutionnellement fixés pour la réalisation de cette recherche doctorale ne le permettaient pas. Nous devions trouver une autre solution à ce problème, chercher quelque part un compromis entre la lecture flottante et la lecture exhaustive.

La solution s'est finalement progressivement dessinée dans un deuxième moment de sélection. Ce deuxième moment de sélection est en fait un moment de contrôle réflexif des exclusions. Il fait l'objet du prochain point.

2.2.3 Le deuxième moment de sélection : le contrôle réflexif des exclusions

Face à un univers de documents qui, de par sa taille, ne pouvait être traité par la règle de l'exhaustivité, départager le « pertinent » du « non pertinent » à partir d'une lecture flottante impliquait d'accepter les risques de la méthode, c'est-à-dire d'accepter la possibilité que des documents aient été malencontreusement exclus

alors qu'ils n'auraient pas dû l'être. Dès le départ, nous avons accepté cette possibilité, mais nous pensions qu'en modifiant quelque peu notre première stratégie—et le temps nous le permettait—nous pouvions réduire davantage les risques auxquels nous nous exposions.

La stratégie revisitée allait donc être de reprendre, dans un deuxième moment de sélection, plusieurs⁶⁹ des documents d'archives que nous avons exclus et sur lesquels nous pouvions entretenir certains doutes quant à la décision de les exclure. Pour ces documents (essentiellement des mémoires ou des rapports d'expert) nous avons entrepris de procéder à une lecture attentive—non flottante—de toutes les introductions et conclusions. Lorsque certains passages pouvaient indiquer la possibilité que des éléments pertinents puissent avoir été discutés quelque part dans l'argumentation du texte, nous avons réhabilité la règle de l'exhaustivité pour une lecture attentive du document dans son entièreté.

Ces opérations nous permettaient ainsi un retour réflexif sur les décisions du premier moment de sélection et instituaient, à l'intérieur même de la méthode, une forme de contrôle interne visant la validation ou l'invalidation de nos premières exclusions. Dans certains cas⁷⁰, nous avons de cette manière pu récupérer des documents qui avaient antérieurement (lors du premier moment de sélection) été exclus.

⁶⁹ Si nous ne les avons pas tous repris, c'est que l'exclusion de plusieurs documents ne faisait pour nous aucun doute.

⁷⁰ Le nombre de documents ayant de la sorte été réintroduits dans le corpus empirique n'est pas significatif. Par ailleurs, plusieurs idées apparaissant dans ces documents « rescapés » avaient déjà été massivement représentées dans d'autres documents que nous avons déjà retenus. Ici, contrairement à ce que nous avons pu observer dans notre approche du rapport officiel de la Commission, il semble que la stratégie de la lecture flottante n'avait pas, tout compte fait, porté préjudice à la sélection. Mais ce n'est qu'après avoir opéré ce contrôle réflexif que nous avons été en mesure de l'affirmer avec plus de certitude.

Après avoir ainsi contrôlé nos premières exclusions, nous étions en mesure de considérer tout ce qui était exclu comme étant définitivement exclu. À partir de là, nous avons créé un corpus empirique comprenant le rapport officiel de la Commission Ouimet dans son entièreté ainsi que certains documents d'archives minutieusement sélectionnés. Nous pouvions dès lors procéder au troisième et dernier moment de sélection et travailler la sélection des *énoncés*.

2.2.4 Le troisième moment de sélection : le choix des *énoncés pertinents* et l'organisation du matériel

Ce que nous prévoyions soumettre à l'analyse ce n'était pas des documents pris dans leur ensemble, mais bien, à l'intérieur même de ces documents, des énoncés que nous devions encore sélectionner.

Le prélèvement d'un énoncé à l'intérieur d'un texte ou d'un document est une opération extrêmement délicate. Le « chirurgien » qui procède au prélèvement doit travailler avec minutie et ne pas abuser du « bistouri »; le risque étant de couper dans de la chair textuelle qui serait essentielle à la préservation du sens. Ce risque ne peut jamais être complètement neutralisé, mais il peut toutefois être contrôlé, notamment lorsqu'on se donne comme principe de sélection le prélèvement d'un maximum—plutôt que d'un minimum—de chair textuelle⁷¹.

⁷¹ Dans certains cas, pour prévenir ainsi les distorsions sémantiques et assurer la stabilité du sens, la saisie d'un énoncé d'à peine quelques lignes a parfois nécessité la saisie d'une, deux, voire trois pages de texte. Il va sans dire que de prendre ces précautions au sérieux est une condition absolument essentielle à la validité de l'analyse. Il ne faut en effet jamais perdre de vue que ce ne sont pas les mots ni les phrases qui forment les unités de base pour l'analyse, mais bien les idées et leur sens. C'est donc ici simplifier la complexité de l'opération que de parler de la sélection des « énoncés ».

Nos opérations de sélection des énoncés ont exigé une lecture attentive de tous les documents compris dans notre corpus empirique. Il fallait maintenant entrer dans un rapport beaucoup plus « intime » avec leur contenu et abandonner définitivement la méthode de la lecture flottante. Il nous fallait par ailleurs prévoir une manière d'organiser ces énoncés en vue de l'analyse systématique (Bardin, 1977 : 94). Il nous fallait en d'autres termes et en paraphrasant Foucault, trouver une manière de travailler le corpus de l'intérieur : le découper, le distribuer, l'ordonner (Foucault, 1969 :14).

Pour ce faire, nous nous sommes servi des questions (« a » à « j ») se rattachant à nos trois objectifs de recherche et nous avons procédé, en nous en inspirant, à la construction des fiches de collecte des données. Deux fiches ont été construites : une fiche « fonctionnement » et une fiche « locuteurs ». Nous présentons dans ce qui suit, la structure de l'une et de l'autre.

2.2.4.1 La fiche « fonctionnement »

La fiche « fonctionnement » comprend quatre sections générales : la section « données sur le locuteur », la section « données sur le discours », la section « unité de discours » et la section « référence ».

Au moment de saisir un énoncé, la section « données sur le locuteur » nous permettait de spécifier qui était le narrateur. Elle est divisée en deux parties générales mutuellement exclusives : la partie « locuteur interne » et la partie « locuteur externe ». À partir de la première, nous pouvions attribuer un énoncé soit à la Commission Ouimet elle-même, soit plus spécifiquement à l'un de ses membres : Roger Ouimet (président de la Commission), G.A. Martin (vice-président), W. T. McGrath (secrétaire), J.R. Lemieux ou D. McArton. À partir de la seconde, nous

pouvions attribuer un énoncé à un « non-membre » : à un consultant, au ministère de la Justice, au Conseil Privé de la Reine, au Solliciteur Général du Canada, etc.

La section « données sur le discours » se divise à son tour en deux parties, elles aussi, mutuellement exclusives : dans la première nous indiquons l'« objet de la narration interne », dans l'autre, l'« objet de la narration externe ». Voici, pour ces deux parties, la liste des objets de la narration interne et externe⁷².

Tableau 2.1
Objets de la narration interne et externe

| Objets de la narration interne | Objets de la narration externe |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> ▪ Rôle de la Commission (a)⁷³ ▪ Définition du mandat (a) ▪ Hiérarchie (a) ▪ Règles de procédure internes (b et c) ▪ Consultation externe (b et c) ▪ Rapport à la connaissance (d) ▪ Rapport à l'opinion publique (a et d) ▪ Rapport au politique (a et d) ▪ Rapport au droit (a et d) ▪ Rapport au changement (a et d) | <ul style="list-style-type: none"> ▪ Mise sur pied (a) ▪ Déroulement des activités (a et b) |

Dans l'objet « rôle de la Commission », nous avons saisi tous les énoncés pouvant nous aider à comprendre comment la Commission Ouimet a pu elle-même concevoir son rôle comme organisation de réflexion du droit. Dans l'objet

⁷² Notons qu'à l'intérieur des objets de la narration interne, les objets ne sont pas mutuellement exclusifs et la même remarque vaut pour les objets de la narration externe. En d'autres termes, si un même énoncé ne peut marquer les deux faces de la distinction *interne / externe*, il peut certes, dans une même face, renvoyer à plusieurs objets.

⁷³ Les lettres entre parenthèses renvoient aux questions de recherche (« a » à « d », premier objectif) auxquelles peuvent se rattacher les objets de narration.

« définition du mandat », nous avons classifié les énoncés relatifs à l'interprétation et au travail de redéfinition du mandat que la Commission avait reçu du Politique. Dans l'objet « hiérarchie », nous avons considéré les énoncés ayant trait au rapport de la Commission à l'autorité Politique et plus particulièrement ceux se rapportant à sa relation avec le ministre de la Justice sous la supervision de qui elle devait oeuvrer. Dans l'objet « règles de procédure internes », nous avons organisé les énoncés qui concernaient la méthode de travail que la Commission Ouimet s'est elle-même donnée pour accomplir les différentes tâches de son mandat et pour prendre en temps et lieu des décisions importantes sur l'orientation de son projet. Dans l'objet « consultation externe », il s'agissait d'énoncés nous informant sur la manière privilégiée par la Commission pour mettre à contribution son environnement et sélectionner ses interlocuteurs. Dans l'objet « rapport à la connaissance », nous avons retenu les énoncés qui portaient sur le traitement et la valorisation ou la non valorisation de l'information recueillie, de même que sur la manière de gérer, à l'intérieur même de la Commission, les informations contradictoires, conflictuelles, provocatrices (innovation) ou foncièrement usuelles (redondance). Dans les objets « rapport à l'opinion publique », « rapport au politique » et « rapport au droit », nous avons extrait du corpus empirique les énoncés permettant d'observer la manière dont la Commission a pu se positionner envers les attentes normatives de ces trois univers discursifs. Dans les objets « rapport au changement », nous avons saisi les énoncés où l'on faisait explicitement mention de l'importance de promouvoir des changements ou de préserver, au contraire, les structures stabilisées par la rationalité pénale moderne.

En ce qui a trait aux objets de la narration externe, nous avons inscrit, dans les objets « mise sur pied », les énoncés montrant comment le Politique avait au départ pensé les conditions de fonctionnement de la Commission, sa constitution, le choix des consultants et les termes du mandat. Dans les objets « déroulement des

activités », nous avons saisi les énoncés précisant la durée des travaux de la Commission et les termes de sa supervision sous l'autorité du ministère de la Justice.

La section « données sur le discours » était un espace réservé à la retranscription des énoncés et à l'argumentation textuelle permettant d'en stabiliser le sens.

Finalement, dans la dernière section « référence », nous avons recueilli l'information qui nous permettait de savoir si l'énoncé retenu avait été puisé dans les documents d'archives ou dans le rapport officiel de la Commission. Nous avons recueilli, pour les documents archives, l'information relative au type de document « source » (mémoires, note de services, notes personnelles, rapports experts, procès-verbaux, etc.). Nous avons également introduit la notice bibliographique du document « source » laquelle allait permettre à notre lecteur de retracer aisément l'énoncé analysé, que ce soit dans le fonds d'archives ou encore dans le rapport de la Commission.

2.2.4.2 La fiche « locuteurs »

La fiche « locuteurs » se divise à partir des quatre mêmes sections générales que nous venons de voir pour la fiche « fonctionnement », c'est-à-dire une section sur le « locuteur », une section « sur l'objet de la narration », une section permettant de saisir l'« unité de discours » et une section « référence ».

Dans la première section sur l'identification du locuteur, nous avons repris la distinction « locuteur interne » / « locuteur externe ». Le locuteur interne continuait ici de référer à la Commission Ouimet ou à l'un de ses membres en particulier. Le locuteur externe continue également d'être le narrateur « non

membre ». Nous avons toutefois prévu ici de saisir de plus amples informations sur le locuteur externe. Nous avons par exemple précisé s'il était ou non consultant pour la Commission. L'information pouvait ici s'avérer importante pour l'analyse. Considérant que la majorité des consultants ont personnellement fait la connaissance des membres de la Commission, qu'ils leur ont parlé directement, qu'ils se sont assis à leur table de réunion et qu'ils ont été consultés dans l'orientation du projet et la prise de décisions, ces interlocuteurs pouvaient, plus que tout autre interlocuteur, faire valoir leurs points de vue, tenter de convaincre et d'argumenter pour influencer les prises de position.

Nous avons également, dans cette même section, précisé si l'interlocuteur s'adressait à la Commission à titre « personnel » ou « associatif ». À titre « personnel », l'interlocuteur n'engageait que sa propre personne, sa propre pensée; à titre « associatif », il engageait la pensée de plusieurs. La distinction « personnel » / « associatif » devenait importante en ce que le point de vue de l'association ne correspond pas toujours aux points de vue des membres qui en font partie. Or, devant la Cour, par exemple, là où les décisions des acteurs peuvent influencer l'historicité du droit, ce ne sont pas des associations qui prennent des décisions, mais plutôt des juges et des magistrats. Ainsi, la manière dont ils pensent individuellement, ce qu'ils valorisent ou non, par exemple en termes de sanctions alternatives, devient généralement plus significative sur le plan de l'évolution que les idées que peut défendre l'association dont ils font partie. Nous revenons plus longuement sur cette question dans l'analyse.

Finalement, nous avons regroupé les différents interlocuteurs externes dans des catégories générales définies en référence à différents sous-systèmes sociaux de la société. Ainsi, dans l'univers général du politique et ce qui relève de l'État, les policiers, les corps de police et les associations policières (par exemple, les associations des Chefs de police) ont été regroupés dans la catégorie « Police »; les

directeurs d'établissements correctionnels, les agents de contrôle (libérations conditionnelles, probation, évaluation, classement, etc.) ont été regroupés dans la catégorie « Correctionnel ». Toujours dans l'univers général du politique, mais qui ne relève pas de l'État, les associations oeuvrant dans le domaine de l'assistance et du bien-être, telles que les sociétés John Howard, Elizabeth Fry, etc., ont été regroupés dans la catégorie « communautaire ». Les individus ne pouvant être rattachés à aucun champ d'activité professionnel particulier ont été considérés faire partie du « Public ». Certains individus ont pris position à titre de détenus ou d'ex-détenus, d'autres n'ont pas spécifié s'ils ont ou non, quelque part dans leurs trajectoire de vie, été incarcérés. Il nous paraissait important de pouvoir tenir compte de ces éléments d'information; nous avons donc à cet effet utilisé les catégories distinctives de « détenus, ex-détenus » et « individus “non détenus”? »; le point d'interrogation permettant ici de présupposer, sans pouvoir l'affirmer, que ces derniers interlocuteurs n'avaient pas fait l'expérience de la détention au moment de prendre position.

Dans l'univers du juridique, les juges, magistrats et associations connexes au droit ont été regroupés dans la catégorie « professionnels du droit »; les doyens et les professeurs des facultés de droit ont été regroupés dans la catégorie « juristes ». Dans l'univers du scientifique, les professeurs de criminologie, de sociologie, de psychologie, etc., ont été regroupés dans la catégorie « sciences sociales ». Dans l'univers du religieux, les différentes associations ecclésiastiques ont été regroupées dans la catégorie « églises »; les aumôniers, dans la catégorie « aumôniers ». Dans l'univers du médical, les catégories sont les « associations de médecins » et les « psy », la catégorie « psy » regroupant les psychologues et psychiatres dont le rôle premier est la mise en oeuvre du « traitement » des individus judiciairisés.

Le tableau suivant permet de visualiser les interlocuteurs de la Commission Ouimet en fonction des catégories que nous venons de définir.

Tableau 2.2
Les catégories des interlocuteurs de la Commission Ouimet

| Politique | | Juridique |
|---|---|--|
| <p>Police</p> <ul style="list-style-type: none"> - Policiers - Corps de police - Associations policières <p>Correctionnel</p> <ul style="list-style-type: none"> - Directeurs d'établissements - Les divers agents de contrôle <p align="center"><i>... qui relève de l'État.</i></p> <hr style="border-top: 1px dashed black;"/> <p align="center"><i>... qui ne relève pas de l'État.</i></p> <p>Communautaire</p> <p>Public</p> <ul style="list-style-type: none"> - Détenus, ex-détenus - Individus « non détenus? » | | <p>Professionnels du droit</p> <ul style="list-style-type: none"> - Juges et magistrats <p>Juristes</p> <ul style="list-style-type: none"> - Facultés de droit |
| Médical | Religieux | Scientifique |
| <p>Médecins</p> <p>Psys</p> | <p>Églises</p> <p>Aumôniers</p> | <p>Sciences sociales</p> <ul style="list-style-type: none"> - Criminologues - Sociologues - Psychologues |

La section sur l'objet de la narration est divisée en deux parties. La première permet d'associer les énoncés sélectionnés à différents thèmes traités par la rationalité pénale moderne et susceptibles d'être traités autrement dans le cadre d'un système de pensée alternatif. Les thèmes sont les suivants :

- « lien société-délinquant »;
- « champ d'application de la loi »;

- « sémantique du droit de punir »;
- « théories de la peine (dissuasion, rétribution et réhabilitation) »;
- « sanctions, affliction et exclusion sociale »;
- « fonction du système de droit criminel »;
- « (autres) principes et objets fondamentaux ».

La deuxième section de la fiche se réfère à la première et permet une qualification (provisoire) des énoncés en termes de « variété » ou de « redondance ».

La troisième section de la fiche prévoit un espace pour la saisie de l'énoncé et de tout ce qui dans le texte contribue à la stabilisation de son sens.

La dernière section, « référence », est construite de la même manière que la dernière section de la fiche « fonctionnement » et sert, comme elle, à des fins de référence bibliographique et de repérage des documents.

Ces deux fiches de collecte de données ont été informatisées et construites à partir du logiciel « File Maker ». À chaque énoncé sélectionné correspond un numéro de fiche (fiche « locuteurs » 1, 2, 3...; fiche « fonctionnement, 1, 2, 3...)⁷⁴.

Le logiciel permettait de nous concentrer sur un élément d'information, par exemple, les variétés, et d'extraire toute fiche où les énoncés ont pu être provisoirement qualifiés comme « variété ». Le logiciel permettait également de croiser les données, de nous intéresser plus spécifiquement, par exemple, au point de vue de la « Police » sur la « fonction du droit criminel » et d'extraire ainsi, sur l'ensemble des fiches « locuteurs », toute l'information pertinente.

⁷⁴ Les fiches « fonctionnement » comptent 126 entrées. Les fiches « locuteurs » en comptent 361.

2.3 La méthode d'analyse

En ce qui concerne la méthode, le travail d'analyse que nous avons réalisé sur notre matériel empirique fait appel aux techniques d'analyse développées dans la tradition de l'analyse du discours (au sens large).

On distingue généralement, à l'intérieur même de cette grande tradition, deux perspectives qui se sont développées en opposition l'une par rapport à l'autre, mais qui aujourd'hui tendent à se rejoindre. La première perspective correspond à l'analyse de contenu, l'autre, est plutôt associée à l'analyse de discours (au sens strict).

Afin de distinguer ce que l'on oppose à travers ces deux perspectives, il est utile de reprendre les caractéristiques générales que l'on associe à chacune. À ces deux pôles, on oppose donc deux manières de concevoir l'analyse. Dans l'analyse de contenu, le discours est conçu comme une source de savoir. Ce savoir est saisissable dans le contenu des documents, dans le contenu des entrevues, des lettres, des récits, etc. L'analyse de contenu passe donc par l'interprétation du contenu et vise à comprendre et à caractériser le sens des données discursives. Dans l'analyse de discours, on passe plutôt par les structures et contextes de production du discours. On cherche à expliquer son fonctionnement et ses conditions de formation : « le discours n'est plus considéré comme réceptacle commode du sens à donner à des actions ou à des situations, mais devient processus social à part entière, dont précisément l'analyse—du discours—doit rendre compte » (Duchastel, 1993 : 159).

Avant de discuter de la pertinence d'une telle dichotomie, nous allons brièvement aborder les problèmes internes qui ont été associés à chacune de ces perspectives.

Dans le cas de la première perspective, l'analyse de contenu, le principal problème est d'ordre épistémologique. Comme l'expliquent Ghiglione *et al.*, « l'analyse de contenu thématique, ne fonctionne que si on accepte l'inacceptable : un sujet maître de ses intentions et de la parfaite adéquation sens/intention; un analyste capable de décoder terme à terme le couple sens/intention qu'a produit le sujet » (Ghiglione *et al.*, 1995 : 17).

Autant l'idée d'un sujet « maître de ses intentions » que celle d'un analyste qui aurait accès à la conscience des individus posent problème pour l'analyse sociologique. Dans le cadre de cette recherche, nous avons certes accès aux documents et à tout ce qui s'est matérialisé et « immortalisé » par la forme écrite, mais nous n'avons absolument pas accès à la conscience de ceux et celles qui ont laissé ces traces écrites; nous n'avons donc aucun moyen de montrer empiriquement cette adéquation entre le sens des écrits et les intentions de leurs auteurs. Nous n'avons par ailleurs aucun moyen, non plus, d'établir empiriquement une correspondance nette entre le sens « originel » de l'écrit et le sens analytiquement produit par notre décodage.

Ces problèmes n'impliquent aucunement qu'il faille abandonner l'analyse de contenu et mettre de côté l'interprétation du « sens ». Il faut plutôt les voir comme des considérations épistémologiques permettant à l'analyste de contrôler ou de pondérer les conclusions qu'il tire de ses observations. Ces considérations épistémologiques invitent le sociologue à faire preuve de prudence dans son analyse : suggérer plutôt que d'affirmer, montrer plutôt que de démontrer, établir une corrélation plutôt que de forcer une causalité. En somme, ces considérations permettent de ne pas perdre de vue le fait que le regard sociologique est toujours une observation de deuxième ordre qui observe une observation de premier ordre, c'est-à-

dire une construction sociologique d'une réalité sociale déjà elle-même socialement construite.

En ce qui concerne la seconde perspective, celle de l'analyse de discours (au sens strict), le principal reproche qui lui fut adressé est de reposer sur un déterminisme trop étroit qui tend à ignorer la subjectivité de l'acteur pour ne considérer que l'objectivité sociale à travers des notions comme celles de langue, de culture, d'idéologie, de rituels, etc. Le sujet apparaît alors comme « le jouet d'un jeu dont les règles ont été fixées ailleurs » (Ghiglione et al., 1995 : 18).

Cette critique a été souvent dirigée contre Luhmann. Sa théorie des systèmes sociaux a suscité beaucoup de controverses à cet égard. On lui reprochait, entre autres choses, son déterminisme et l'incapacité de considérer l'homme et son rôle dans la société. Friedberg lui reprochait de ne pas pouvoir rendre compte du « caractère relativement autonome, actif et inventif, bref irréductiblement imprévisible des comportements humains au sein de toute organisation » [...] et d'envisager le fait organisationnel « comme un fait de nature dont il suffirait de décrire les caractéristiques et lois d'évolution » (Friedberg, 1978 : 599 et 601)⁷⁵.

À notre avis, il s'agit là beaucoup plus d'un malentendu sur le fond théorique que d'un problème interne de la théorie elle-même.

⁷⁵ Cette critique s'inscrit évidemment dans un contexte spécifique où Friedberg venait de co-signer avec Crozier *L'acteur et le système* (1977) : un ouvrage dont la thèse principale avait justement pour but de montrer que « la conduite d'un individu face à ses supérieurs hiérarchiques [...] ne correspond absolument pas à un modèle simple d'obéissance et de conformisme. [...] L'acteur est un agent autonome, capable de calcul et de manipulation et qui s'adapte et invente en fonction des circonstances et des mouvements de ses partenaires » (Crozier et Friedberg, 1977 : 43).

Ce qui attire ce genre de critique contre la théorie de Luhmann est probablement relié au fait d'avoir déplacé l'acteur, sa subjectivité et ses intentions à l'extérieur des réseaux de communications de la société :

La communication présuppose des états de conscience de systèmes conscients, mais les états conscients ne peuvent pas devenir sociaux et entrer dans la série des opérations de communication comme faisant partie de celles-ci; ils demeurent des états de l'environnement pour le système social (Luhmann, 1993c : 86).

Luhmann est le premier à s'étonner des controverses que son modèle suscite: « On peut se demander, après tout cela, pourquoi le positionnement des hommes dans l'environnement du système de la société [...] sera aussi mal vu et sera si violemment refusé » (Luhmann, 1994 : 11-12). Il associera au moins une part de cette résistance au « poids de l'héritage humaniste ». Pour Luhmann, cet héritage véhicule des présupposés de pensée devenus difficilement acceptables d'un point de vue scientifique. Il est par ailleurs, selon l'auteur, à l'origine d'« obstacles épistémologiques qui bloquent l'accès théorique à une description suffisamment complexe de la société moderne... » (Luhmann, 1994: 11-12).

Parmi ces présupposés inacceptables et ces obstacles épistémologiques, on peut certainement inclure l'idée d'un sujet maître de ses intentions, mais on peut aussi y inclure celle d'un sujet complètement déterminé par les règles de la vie sociale.

Si pour Luhmann, ce sont les communications et non la conscience du sujet qui se trouvent au centre de l'analyse, il n'en reste pas moins que même repositionné dans la périphérie, ce sujet demeure absolument essentiel pour penser la société, car sans lui, il n'y aurait pas de communications et sans communications, il

n'y aurait pas de société. Le modèle ne vise donc pas à exclure le sujet et sa conscience, il vise plutôt à proposer une nouvelle manière de concevoir les termes du rapport individu/société.

Pour Luhmann, le rôle de l'individu est doublement important. Il est d'abord important parce que l'individu sert de support à la communication, laquelle sert de fondement à la société. Curieusement, c'est chez Kundera (1990) que cette idée nous a paru le plus clairement expliquée. Dans son roman *l'Immortalité*, l'auteur nous invite à considérer le geste d'une dame à travers deux perspectives : dans la première, le charme d'une dame nous est dévoilé grâce à son geste; dans la seconde, on y verra plutôt, grâce à la dame, la révélation du charme d'un geste. Kundera privilégiera la dernière perspective au détriment de la première. Les raisons qu'il invoque sont particulièrement éclairantes :

On ne peut considérer un geste ni comme la propriété d'un individu, ni comme sa création (nul n'étant en mesure de créer un geste propre, entièrement original et n'appartenant qu'à soi), ni même comme son instrument; le contraire est vrai : ce sont les gestes qui se servent de nous; nous sommes leurs instruments, leurs marionnettes, leurs incarnations (Kundera, 1990 : 17-18).

Ce que Kundera explique pour les gestes, vaut aussi pour les idées. En suivant Kundera, Luhmann et même Foucault⁷⁶, il nous serait difficile dans le cadre de cette recherche de considérer l'émergence d'une idée ou la formulation d'une unité de discours comme étant le propre d'un individu particulier ou d'une organisation

⁷⁶ Dans *l'Archéologie du Savoir*, Foucault écrit : le sujet de l'énoncé « n'est pas [...] cause, origine ou point de départ de ce phénomène qu'est l'articulation écrite ou orale d'une phrase; il n'est point non plus cette visée significative qui, anticipant silencieusement sur les mots, les ordonne comme le corps visible de son intuition; il n'est pas le foyer constant, immobile et identique à soi d'une série d'opérations que les énoncés, à tour de rôle, viendraient manifester à la surface du discours. *Il est une place déterminée et vide qui peut être effectivement remplie par des individus différents* » (Foucault, 1969 : 125, notre souligné).

spécifique. Les idées innovatrices qui ont retenu notre attention sont « innovatrices » par rapport à la rationalité pénale moderne et s'observent donc dans le contexte de la modernité. Certaines peuvent parfois prendre racine ailleurs qu'en droit criminel ou en dehors des cadres de la modernité. Certaines peuvent avoir été formulées en droit civil, en criminologie ou en sociologie par exemple, d'autres encore étaient déjà présentes dans l'Antiquité. En d'autres termes, plusieurs idées peuvent avoir été communiquées en dehors des réseaux de communication autoréférentiels du système de droit criminel moderne.

Pour toutes ces raisons, il nous paraît important de privilégier une approche méthodologique qui puisse tenir compte de ces observations et faire écho aux considérations épistémologiques de Luhmann.

De là à dire que les individus et leurs consciences ne sont que des instruments, des « marionnettes » pour la communication, il y a un pas à franchir que Luhmann ne franchit pas; ce qui nous amène à considérer important le rôle de l'individu d'un second point de vue.

Si les communications de la société sont produites par des systèmes sociaux qui assurent leurs unités respectives à travers une fermeture opérationnelle où le système fait référence à lui-même pour se constituer (Luhmann, 1984 : 408)—c'est-à-dire où « chaque communication s'identifie par référence aux communications passées, [tout] en ouvrant un espace limité pour de prochaines communications » (Luhmann, 1997 : 18)—le déterminisme qui en découle n'est cependant pas absolu, mais tout juste suffisant pour assurer, dans des conditions normales, la reproduction du système (Luhmann, dans Seidl, 2003 : 128). Le système peut donc se reproduire dans une logique de reproduction *du même par le même*, mais il peut aussi se reproduire autrement et évoluer. C'est ici que les individus viennent jouer un rôle important dans la théorie de Luhmann, car « seule la conscience peut irriter la

communication [...] seule la conscience peut produire le bruit nécessaire pour l'émergence et l'évolution de l'ordre social » (Luhmann, 1997 : 19).

Suivant ces considérations, on peut se questionner plus spécifiquement sur la pertinence pour la sociologie de maintenir la dichotomie qui a traditionnellement opposé l'analyse de contenu et l'analyse de discours.

Les différences théoriques qui opposent les deux méthodes nous paraissent difficiles à soutenir sur le plan de leur application: la sociologie ne peut penser accéder à une quelconque compréhension du social en séparant le contenu des conditions plus générales de sa production. En ce sens, dira Duchastel :

Il n'est plus pertinent de distinguer analyse de contenu et analyse du discours, car il ne devrait plus y avoir d'analyse de contenu qui ignore totalement la nature langagière du discours [ses modes de fonctionnement et ses structures] ni, non plus, d'analyse du discours qui ne pense la relation avec ses conditions sociohistoriques de production (Duchastel, 1993 : 159).

Nous privilégierons donc, dans cette recherche, une analyse du discours au sens large, c'est-à-dire une analyse du discours qui tentera d'interpréter le sens de l'innovation ou des obstacles cognitifs à travers la rationalité pénale moderne et de comprendre le contexte d'émergence ou de production de ces idées, considérant à la fois le contexte *systemique* des commissions de réforme, celui du système de droit criminel moderne et les contextes *sociohistoriques* de la modernité et de la seconde modernité.

CHAPITRE III

LE FONCTIONNEMENT DE LA COMMISSION OUMET

3.1 Introduction

La première partie de cette analyse prend comme point de départ l'hypothèse de Matteaccioli selon laquelle « les milieux innovateurs [...] se caractérisent par l'émergence [...] d'une capacité innovatrice *comme conséquence de leur organisation et de leurs structures* » (Matteaccioli, 2006 : 291, notre souligné).

Nous allons ainsi nous pencher sur les conditions d'opération *objectives*⁷⁷ de la Commission Ouimet, sur les structures organisationnelles ayant contribué à l'avènement d'une réflexion juridique innovatrice permettant d'identifier et de traiter de certains problèmes fondamentaux dans le fonctionnement du droit criminel moderne et de mettre à la disposition des décideurs politiques et juridiques des possibilités d'autocorrection créatives.

D'un point de vue sociologique, l'analyse cherchera à comprendre comment une organisation qui travaille sur un système aux prises avec des difficultés d'apprentissage peut participer à l'émergence d'un système de pensée susceptible de refonder autrement les fondements du système et favoriser son apprentissage.

⁷⁷ Nous laissons donc de côté ici, rappelons-le, les fondements décisionnels *subjectifs* qui relèvent des acteurs et de leurs trajectoires de vie respectives, des considérations auxquelles le matériel empirique ne nous donne pas accès.

Nous allons à cet égard pouvoir observer, sur la base de notre empirie, dans quelle mesure une organisation de réflexion périphérique peut s'ouvrir cognitivement sur son environnement, entrer en contact avec une pluralité de points de vue et en tirer profit dans le cadre d'une fermeture opérationnelle orientée vers la réflexion collective et la prise de décisions. Nous verrons en outre comment ces conditions de fonctionnement organisationnelles peuvent favoriser ou non l'émergence des idées innovatrices en matière de droit criminel et permettre de contourner les obstacles structurels que peuvent à cet égard rencontrer les organisations politiques impliquées dans la création de la loi pénale⁷⁸.

Avant d'amorcer cette réflexion et de nous appuyer plus directement sur notre matériel empirique, nous allons dans un premier temps considérer le contexte sociohistorique dans le cadre duquel peut s'inscrire une organisation comme celle de la Commission Ouimet, c'est-à-dire une organisation instituée par le politique pour conduire une réflexion de fond sur le droit criminel moderne.

3.2 Le contexte sociohistorique de la mise sur pied de la Commission Ouimet

3.2.1 Les contours du contexte sociohistorique

Avant d'être une question de *contenu*, la définition d'un contexte sociohistorique est toujours, d'abord et avant tout, une question de *contour*. La question est alors de savoir jusqu'où l'observateur doit-il étendre, dans l'espace et dans le temps, le spectre de son observation.

⁷⁸ On fait ici référence au Parlement et à l'Exécutif comme organisations jouant un rôle déterminant dans la création de la loi : la loi comme « structure » et « matériau » destinés à la sélection du système juridique.

Si le contexte canadien, dans sa dimension spatiale, et celui des années 1960, dans sa dimension temporelle, semblent ici tout indiqués, il nous paraît important, dans un premier moment, d'élargir davantage les contours de l'observation et d'insérer le projet de réforme de la Commission Ouimet dans le contexte plus général d'une modernité au sein de laquelle le droit se positivise (Luhmann, 1993a). Il nous paraît également pertinent de considérer son émergence dans le cadre plus spécifique d'une seconde modernité offrant les conditions favorables à une remise en question autoréférentielle du droit par le droit.

3.2.2 Le contenu du contexte sociohistorique

Par rapport au contenu du contexte sociohistorique, nous émettons ici l'hypothèse que sur chaque plan d'observation apparaît une conjoncture spécifique qui favorise la mise sur pied d'une organisation de réflexion juridique ayant comme projet la réforme du système de droit criminel moderne. Nous traiterons de chaque plan suivant le principe de l'« entonnoir », c'est-à-dire allant du plus général (le contexte de la modernité) au plus particulier (le contexte de la seconde modernité).

3.2.2.1 La modernité et la positivisation du droit

Du Moyen Âge jusqu'à l'absolutisme⁷⁹, les sociétés traditionnelles avaient été essentiellement organisées « monadologiquement » sous la domination du système religieux. Les dogmes de l'Église matérialisaient alors la « matrice générale

⁷⁹ C'est-à-dire jusqu'au XVII^e siècle.

de la représentation »⁸⁰ et servaient ainsi de cadre de référence à l'organisation de la société. Ces principes religieux, situés tout au sommet de la hiérarchie, transcendaient vers le bas pour se reproduire tout autant dans les axiomes politiques que dans les principes juridiques utilisés par les tribunaux (Engels, dans Bourdieu et Martin, 1997: 293).

Au XVIII^e siècle s'achève toutefois, pour le politique et le juridique, un long processus de différenciation qui va permettre à chaque système de revendiquer sa propre autonomie par rapport au religieux, d'instituer son propre cadre de référence, sa propre matrice de représentation. La foi n'est alors plus qu'« une option sans plus de prise ni de portée définitionnelle sur l'organisation collective » (Gauchet, 1985 : 235).

Ces transformations sociétales nous auraient ainsi permis de passer d'une société de communications stratifiées, qui avait institué Dieu au sommet de sa hiérarchie, à une société sans sommet, sans hiérarchie communicationnelle, et à l'intérieur de laquelle différentes matrices se différencient les unes par rapport aux autres, cohabitent, mais s'entrechoquent dans leurs manières de concevoir le monde.

Le sous-système juridique de la société participe de cette complexité nouvelle et proprement moderne. Il arbore une « matrice de la représentation » qui n'est ni donnée par la nature ni déterminée par le Divin, mais plutôt « auto-référentiellement » produite à l'intérieur même de ses propres frontières opérationnelles. Cette fermeture opérationnelle permet ce que Luhmann appelle la « positivisation » du droit (Luhmann, 1993a). Un droit « positivisé » se forme, se déforme et se réforme au moyen de décisions (Luhmann, 2001). Il ne suffirait dès lors que d'une simple décision pour produire le droit tout comme il ne suffirait plus que

⁸⁰ L'expression est de Beauchemin, Bourque et Duchastel (1991 : 181).

d'une simple décision pour l'invalider et le reproduire autrement (Luhmann, 2001 : 137).

Le droit moderne positivisé se présente ainsi comme un droit plus flexible et *potentiellement* plus « vivant »⁸¹ ou plus « évolutif » que le droit divin⁸². N'étant plus déterminé par des impératifs de cohérence externes, ultimes et absolus, il peut lui-même « désontologiser » ses propres ontologies, abandonner certaines structures, qu'elles soient normatives ou cognitives, et en instituer de nouvelles. Si le droit paraît néanmoins à cet égard manquer souvent de flexibilité et offrir une forte résistance au changement, ni Dieu ni l'environnement ne peuvent en être la cause; le système doit dès lors se tourner vers lui-même et instituer des instances d'observation et de contrôle réflexif (par exemple, des commissions de réforme) pour tenter d'identifier ce qui, à *l'interne*, fait obstacle à son évolution.

La modernité et la positivisation du droit offrent un contexte favorable à ce genre d'« introspection » systémique. En dehors de ce contexte, là où le droit serait encore donné par la nature ou hiérarchiquement déterminé par la matrice religieuse, il est difficile d'imaginer la possibilité même d'une remise en question fondamentale du droit. En effet, il serait dans ce cadre difficile de concevoir comment des Hommes pourraient remonter verticalement la hiérarchie et remettre en question les préceptes d'un Dieu tout-puissant sans nier par le fait même sa transcendance et sa suprématie. Dans un droit moderne positivisé, le problème ne se pose pas : le droit est édicté par des Hommes et peut donc être *horizontalement* remis en question par des Hommes.

⁸¹ Nous empruntons cette expression à Rocher (1988).

⁸² Le droit qui se dicte par le Divin est par définition beaucoup plus absolu et fondamentalement « anti-évolutionniste » (Carbonnier, 1992: 10).

3.2.2.2 La seconde modernité : socle d'une réflexion de fond sur le droit

Le nouvel espace de liberté qu'offre la modernité sur le plan des opérations et de la cognition est assujéti à des exigences de légitimation plus complexes que ce que le droit avait connu avant son émancipation. En renonçant à Dieu, le droit positivisé se prive en effet d'une source de légitimation divine, ultime et absolue et doit donc instituer ses propres structures de légitimation décisionnelle.

Pour ce faire, le droit n'a d'autres moyens que son propre processus décisionnel : les structures de légitimation décisionnelle ne peuvent elles-mêmes être autre chose que le produit d'une décision juridique contingente. Le fait d'enchâsser certains principes dans une suprématie constitutionnelle ou d'instituer des droits universels dans une charte supranationale ou encore d'établir une quelconque hiérarchie dans l'univers des normes juridiques, ne résout absolument pas le problème; ces opérations sont et seront toujours des opérations fondées sur des décisions juridiques dont le fondement et la légitimation peuvent en tout temps être eux-mêmes remis en question⁸³.

En somme, quelle qu'en soit la forme, on peut dire que les structures de légitimation décisionnelle instituées par le droit positivisé ne sont jamais absolues; elles durent le temps qu'elles durent, c'est-à-dire, jusqu'à ce que le système décide de décider autrement et de les modifier.

Bien que cette décision de changement relève strictement du système et du libre exercice de son autonomie, on ne peut théoriquement exclure qu'elle puisse

⁸³ Il faut voir que le problème ne se posait pas lorsque le droit pouvait encore invoquer Dieu pour légitimer ses opérations. Devant l'autorité suprême, la question des fondements ne se pose pas; Dieu, comme absolu, ne se réclame d'aucune légitimité, il est « légitimité » et légitimité suprême.

avoir été stimulée par les irritations de l'environnement externe (Luhmann, 1989 : 22).

En Occident, à partir du milieu du XX^e siècle, l'environnement externe du système juridique semble à cet égard avoir été particulièrement stimulant sur le plan des remises en question fondamentales. Les pays occidentaux entrent alors dans une intense période de réflexivité anti-fondamentaliste en prenant acte du fait que bon nombre de leurs problèmes découlent directement de leur propre fonctionnement (Beck, 1986)⁸⁴. Dans ce cadre, Lyotard (1979) observe l'émergence d'une incrédulité généralisée par rapport aux métarécits de la première modernité. Le couple Raison-Progrès s'en trouve particulièrement affecté. Si les solutions qui avaient été concoctées sous l'éclairage des savoirs sérieux ont pu produire du « bon », il est de plus en plus difficile d'ignorer le fait qu'elles aient aussi produit des « maux » (Beck, 1986); des maux qui exigent eux-mêmes de nouvelles solutions.

Plusieurs institutions modernes vont dès lors chercher à défaire les noeuds qui se seraient noués dans les erreurs du passé et tenter ainsi de mobiliser leur propre créativité de manière à pouvoir s'orienter autrement dans l'avenir. Cette réflexivité des sociétés occidentales caractérise ainsi le courant de la seconde modernité et « suppose donc une fonction critique nécessaire à une élaboration différente du monde » (Alter, 2005 : 187).

En matière de droit criminel, sur le plan purement opérationnel, le cadre de cette seconde modernité réflexive aura produit très peu d'effets dans l'échafaudage normatif du système et peut-être encore moins en ce qui a trait aux normes de sanction. À cet égard, les organisations juridiques du centre (les tribunaux) auront

⁸⁴ À partir de catastrophes sociales comme celles du sang contaminé, de la vache folle, des désastres nucléaires, etc., Beck montre comment ces nouveaux problèmes auxquels nous devons maintenant faire face collectivement sont intégralement compris dans nos actions.

plutôt eu tendance à ignorer les aspects les plus innovateurs de l'environnement et à privilégier, dans une forme de reproduction *du même par le même*, la *cohérence interne* du système (Noreau, 2004). Bien que des changements innovateurs puissent avoir été perçus comme nécessaires, le droit criminel pouvait néanmoins empêcher leur actualisation et privilégier l'inertie de l'institution (Campbell, 2004 : 17).

Sur le plan cognitif, par contre, on ne peut pas dire que ce contexte de réflexivité de la seconde modernité n'ait pas stimulé une certaine forme de créativité en matière de droit criminel. Des organisations instituées dans la périphérie du droit ont en effet été plus sensibles aux problèmes de fonctionnement et mieux disposées à saisir les opportunités de changement offertes dans le contexte d'une modernité plus réflexive. Au Canada, à partir du milieu des années 1960, elles seront ainsi plusieurs à proposer des solutions et ces solutions impliquent des changements fondamentaux dans la structure du droit criminel moderne.

Se succéderont, dans ce même contexte de réflexivité, les travaux de la Commission Ouimet (1965-1969), ceux de la Commission de réforme du droit du Canada (1971-1989), ceux de la Commission canadienne sur la détermination de la peine (1987) et ceux de la Commission du droit du Canada⁸⁵ (1997-2006). Bien qu'il puisse y avoir des inégalités dans leurs orientations critiques respectives, toutes ces commissions proposeront de repenser à nouveaux frais certaines structures du droit et leurs fondements; toutes contesteront les tendances ayant favorisé un usage généralisé de l'emprisonnement; toutes privilégieront une plus grande diversification des normes de sanction, notamment l'intégration de sanctions alternatives plus positives; toutes justifieront finalement leurs recommandations sur la base d'observations empiriques indiquant que les sanctions négatives du droit criminel de la première

⁸⁵ La *Commission du droit du Canada* se voulait initialement une commission permanente et indépendante de révision du droit. Elle fut abolie en 2006, sous le gouvernement conservateur de Stephen Harper.

modernité, loin de protéger le lien social avec toute l'efficacité qu'on aurait pu souhaiter, lui porte au contraire grand préjudice.

L'opportunité qu'offre la seconde modernité en termes de réflexivité juridique n'est certainement pas sans lien avec l'institutionnalisation de ces organisations de réflexion du droit sur le droit. Mais si on admet avec Campbell, qu'« il est nécessaire, dans un contexte où le monde se transforme, que nous reconstruisions périodiquement nos institutions de manière à ce qu'elles puissent refléter les développements contemporains » (Campbell, 2004 : 45), on peut aussi admettre avec Alter qu'à l'intérieur d'un même système, les éléments ou les organisations qui le constituent, « n'évoluent ni au même rythme si selon les mêmes logiques d'apprentissage » (Alter, 2005 : 1989).

Pour nous, la question générale est alors de savoir comment l'apprentissage a pu être favorisé à un rythme plus accéléré dans le cadre des organisations périphériques du droit que dans le cadre des organisations politiques chargées de la création de la loi et des organisations juridiques chargées de la détermination du droit. Cette question nous ramène à la base de leur fonctionnement et de leur logique particulière d'apprentissage. Il s'agit alors, pour le dire comme Coriat et Weinstein, de comprendre, dans le fonctionnement même de l'organisation, le déploiement des liens « entre modes d'apprentissage et modes d'innovation » (Coriat et Weinstein, 2002 : 276). Une étude plus détaillée du fonctionnement de la Commission Ouimet devrait à cet égard nous permettre de dégager certaines hypothèses heuristiques.

3.3 La mise sur pied de la Commission Ouimet

3.3.1 La sélection des membres et des consultants

Le 1^{er} juillet 1965, la Commission Ouimet est instituée en conformité avec le décret du conseil *C.P. 1965-998*. Cinq personnes seront expressément nommées pour y siéger.

Le juge Roger Ouimet, juge à la *Cour supérieure et à la Cour du Banc de la Reine* (juridiction criminelle, Montréal) assumera la présidence. Me G. Arthur Martin, de la *Cour d'appel de l'Ontario*, est nommé à titre de vice-président⁸⁶. Siègent également avec eux, M. J.-R. Lemieux, sous-commissaire retraité de la *Gendarmerie royale du Canada*, Mme Dorothy McArton, directrice générale du *Family Bureau of Greater Winnipeg* et M. W. T. McGrath, secrétaire général de la *Société canadienne de criminologie*.

⁸⁶ Me Martin est considéré l'un des plus proéminents experts du droit criminel canadien. Avocat de la défense pendant plusieurs années, puis juge à la Cour d'appel, il est reconnu comme ayant profondément marqué l'histoire de sa profession. En 1991, il est promu dans l'*Ordre du Canada* (distinction honorifique qui reconnaît l'oeuvre de toute une vie et le mérite exceptionnel de Canadiens et Canadiennes ayant contribué de façon extraordinaire au développement du Canada et au bien-être de l'humanité). En 1988, la *Criminal Lawyers' Association of Ontario* (C.L.A.) l'honore en créant le prestigieux prix « G. Arthur Martin Criminal justice Award » : prix décerné annuellement (par des pairs) aux Canadiens et Canadiennes ayant apporté une contribution significative dans le domaine de la justice criminelle. En 1998, ce prix est revenu à l'honorable Louise Arbour, *Haut Commissaire aux Droits de l'Homme des Nations Unies*. Dans son allocution devant le C.L.A., elle se rappelle de son collègue Martin : « I have a recollection of speaking to Justice Martin about what he perceives as a very profound challenge, to be prepared to [...] abandon the status quo... a status quo, that as a great legal giant, he had contributed to develop, and, yet to be prepared in a completely open-minded fashion, to reconsider the wisdom and the fairness of rules on which his entire career had been built. I think it's the true test of the giant scope of his intellect that he rose, late in his career, at a time when many others would not have had the intellectual stamina and courage to reconsider and to start rebuilding, from scratch, a new legal environment in which criminal law would defend justice fairly » (voir <http://www.criminallawyers.ca/publicmaterials/press&submissions/arbours.htm>).

Les membres de la Commission Ouimet ont également retenu les services du professeur J.D. Morton, à titre d'adjoint à la recherche, et ceux de M. Claude Bouchard, à titre de secrétaire adjoint.

Seuls le président et son secrétaire adjoint, M. Claude Bouchard, ont été engagés à temps plein dans le projet de la Commission. M. McGrath pourra y consacrer 4 à 5 jours par semaine, tandis que les autres membres de la Commission et le professeur J.D. Morton, adjoint à la recherche, interviendront ponctuellement au besoin.

The Chairman is to be engaged full time on the work of the Committee and likewise Mr. Bouchard. Mr. McGrath is to be engaged approximately four out of five days per week. The other Members of the Committee are to be engaged, as required, in attending meetings and reviewing material submitted to them by direction of the Chairman⁸⁷ (Commission Ouimet, 1966).

Pour assister les membres de la Commission dans leurs travaux, le Conseil Privé a demandé au Gouverneur Général du Canada d'autoriser le ministère de la Justice à procéder à la sélection d'un groupe d'environ 25 consultants représentant l'ensemble des disciplines connexes au domaine de la justice pénale et correctionnelle. C'est cependant à la Commission que reviendra la tâche de déterminer comment elle allait mettre les différents consultants à contribution :

The Committee [du Conseil Privé] further advise that Your Excellency [Gouverneur Général du Canada] may be pleased to authorize the Minister of Justice to appoint a Panel of Consultants of approximately twenty-five members representing the different professions, disciplines and vocations which are concerned with various aspects of the field of corrections for the purpose of advising and assisting the said Committee

⁸⁷ Committee on corrections, Terms of reference and procedures, p.2. Volume 1, Cartable noir intitulé « Office, Orders in Council, agendas, minutes of meetings (to 1966) ».

[la Commission] when called upon by the Committee to do so (Conseil Privé du Canada).

Dès le début, lors d'une réunion, les membres ont d'entrée de jeu prévu que les consultants allaient jouer un rôle-clé dans la définition des termes du mandat, la production de connaissances spécialisées et la révision des différentes parties constitutives du rapport final.

It is essential to bring the Consultants into our work from the beginning. As soon as a draft of the Elaboration of Terms of Reference is sufficiently developed, it will be circulated to the Consultants for comments, and it may be revised in the light of comments received. Whenever feasible, contracted research will be placed with one of the Consultants. All will be consulted as the Committee's report is being written and recommendations framed (Commission Ouimet, réunion du 31 octobre 1965)⁸⁸.

3.3.2 Le statut politique de la Commission et ses enjeux

Dans un mémorandum adressé aux membres de la Commission Ouimet, le ministre de la Justice leur rappelle qu'il ne s'agit pas ici d'une Commission indépendante, mais bien d'un « comité spécial » directement affilié à son ministère et placé sous sa supervision⁸⁹.

It should be noted, to avoid any misunderstanding, that the form of this project is that of a Committee, appointed to assist the Minister and work under his direction, rather than that of an independent Royal

⁸⁸ Canadian Committee on Corrections: methods of work. October 31, 1965, 2 pages. Volume 1, Cartable noir intitulé «Office, Orders in Council, agendas, minutes of meetings (to 1966) ».

⁸⁹ Le 1^{er} janvier 1966, suite à des changements apportés dans la répartition des attributions entre le ministère de la Justice et le ministère du Solliciteur général, la Commission sera finalement placée sous la direction de ce dernier.

Commission (Ministère de la Justice, mémorandum du 13 septembre 1965).

Le ministre de la Justice était donc en droit d'intervenir directement dans les travaux et le fonctionnement de la Commission Ouimet. S'il est de fait intervenu, c'est surtout au tout début des opérations. Par la suite, la Commission Ouimet, comme nous le verrons, prendra ses distances.

Au tout début des opérations, le ministre est intervenu pour circonscrire la durée du mandat et limiter considérablement le temps qui allait être alloué à la réalisation des travaux. Il avait dès le départ indiqué à cet effet « that the Committee will remain in existence for a period not exceeding two years, that is to say until August 31, 1967 at the latest⁹⁰ ». Il avait par ailleurs avisé les membres de la Commission qu'au terme de ce délai, la Commission ferait l'objet d'un « automatic disbanding ». Le ministre les avait finalement informés que son ministère ferait alors les arrangements nécessaires « for the completion of any unfinished work⁹¹ ».

Il était par ailleurs dès le départ prévu que les recommandations de la Commission allaient devoir permettre au ministre de les défendre « in the House of Commons, and even on T.V.⁹² ». Cette exigence traduisait ainsi une double

⁹⁰ Il faut voir que, du point de vue du ministère, le délai accordé était déjà généreux. Dans une lettre au Secrétaire du Conseil du Trésor, le ministère avait en effet antérieurement prévu une période d'opération encore plus limitée : « it is anticipated that the work of the Committee will last from one and one-half to two years » (Lettre signée par l'Assistant Deputy Minister, T.D. MacDonald et adressée au Secrétaire du Conseil du Trésor, Dr. George F. Davidson - « Re: Special Committee on Corrections », Ottawa 4, June 17, 1965. Volume 1, Cartable noir intitulé « Office, Orders in Council, agendas, minutes of meetings (to 1966) »).

⁹¹ Memorandum du Department of Justice, September 13, 1965, Volume 3. Dossier: General - Correspondence with the Deputy.

⁹² Juge Ouimet, Memorandum from the Chairman to the Committee members, the assistant secretary and the research associate (Strictly confidential), 27 et 28 décembre 1967. 12 pages. Volume 17 Dossier: Chairman- Notes and Observations (No. 1) - To December 31, 1967.

préoccupation proprement politique : la première étant tournée vers le Parlement, l'autre étant plutôt tournée vers la population canadienne en général.

Le ministre n'ayant pas lui-même explicitement précisé les implications concrètes de son exigence, il revenait par conséquent à la Commission de les clarifier pour elle-même.

Mais avant de voir comment la Commission va se positionner autant par rapport à cette exigence que par rapport à l'ensemble des conditions relatives à son propre fonctionnement, il faut remarquer ici que dans l'ensemble, ces formes de contrôle en provenance du politique auraient été impensables dans le cadre d'une commission d'enquête. Au Canada, bien que ces commissions soient elles aussi instituées par la voie d'une décision politique—en l'occurrence par le gouverneur en conseil (S.R., ch. I-13, art. 2-3)—une fois instituées, elles sont tenues de fonctionner comme des entités indépendantes, impartiales, c'est-à-dire libérées de toute ingérence politique. Le gouvernement ne pourrait en principe ni s'immiscer dans l'orientation des travaux ni les interrompre.

Si les commissions d'enquête peuvent ainsi d'emblée bénéficier de leur autonomie par rapport au politique, l'autonomie des commissions de réforme comme celle de la Commission Ouimet serait plutôt une condition de fonctionnement qui se négocie dans le cadre même de ses opérations et de façon contingente. Ces commissions de réforme peuvent se concevoir comme des organisations passives, déterminées par le politique. Mais, il s'agit là d'une décision qu'une commission prend en exerçant son autonomie. Voyons maintenant dans quelle direction la Commission Ouimet a elle-même mobilisé cette contingence.

3.4 La Commission Ouimet à la conquête de son autonomie

La Commission va dans un premier temps contester chacune des conditions d'opération prédéterminées par le ministère de la Justice. Autant les conditions relatives au délai prescrit que celles ayant trait à la dissolution automatique de la Commission et au transfert des travaux non achevés ont été vivement contestées.

The automatic disbanding of the Committee as of August 31st, 1967, and arrangements that completion of any unfinished work be done by the Department certainly is not keeping with the original understanding. The members see no point in starting work that they cannot finish and point to the Fauteux Report which took three years to complete and certainly was not channelled into the Department's hand. The members feel that such an outcome would stifle their efforts and put the Committee in the position of a « rubber stamp », which they have no intention of becoming (Commission Ouimet, 26 septembre 1965)⁹³.

La Commission a clairement indiqué au ministre, qu'à défaut de trouver un éventuel compromis sur ces questions relatives au fonctionnement et à l'autonomie de la Commission, une « resignation "en masse" would appear to be in order » (Commission Ouimet, 26 septembre 1965)⁹⁴.

Bien entendu, *a priori*, considérant le statut particulier de la Commission Ouimet, le ministre paraissait en principe hiérarchiquement mieux placé qu'elle ne pouvait l'être elle-même pour déterminer ce qu'allaient être les conditions de fonctionnement de *son* comité. Mais la menace d'une démission générale de tous

⁹³ Committee on Corrections: Commentaries re: Memorandum, 6 pages, 26 septembre 1965, p.2-3. Volume 1, Cartable noir intitulé « Office, Orders in Council, agendas, minutes of meetings (to 1966) ».

⁹⁴ Ibid.

les membres de la Commission venait compliquer la donne. Il n'est sans doute pas rare qu'un comité comme celui de la Commission Ouimet doive à l'occasion accepter la démission d'un de ses membres, mais il serait tout à fait exceptionnel, en démocratie parlementaire, que *tous* les membres d'un comité, y compris leur président, décident en même temps et d'un commun accord de se retirer du projet qui leur avait été confié.

Il aurait été très peu probable qu'un tel scénario passe inaperçu aux yeux du Parlement. Le ministre aurait à tout le moins été tenu d'annoncer en Chambre la décision des membres de la Commission et de fournir certaines explications sur cette dissolution subite et prématurée. Il lui aurait alors fallu démontrer—et convaincre notamment les partis de l'opposition—que les conditions de fonctionnement qui avaient été prédéfinies étaient raisonnables, qu'elles ne compromettaient en rien le bon déroulement des travaux et que, par conséquent, la démission en masse des membres du comité ne pouvait d'aucune manière venir remettre en question la compétence du ministre dans son rôle de supervision.

Il aurait notamment fallu démontrer que le délai prévu permettait de mener à terme le projet, qu'une période de deux ans était en principe suffisante pour permettre à la Commission de remplir les exigences de son mandat, c'est-à-dire :

[...] étudier tout le domaine de la correction, dans son sens le plus large, depuis la toute première enquête sur une infraction jusqu'à la libération définitive du prisonnier soit de sa détention soit de sa libération conditionnelle, y compris les procédures et les mesures telles que l'arrestation, la sommation, le cautionnement, le droit d'être représenté devant la cour, la condamnation, la liberté surveillée, la sentence, la rééducation, les soins médicaux et psychiatriques, la libération, la libération conditionnelle, le pardon, la surveillance, l'orientation et la réhabilitation post-libératoires; [de] recommander, dès que des conclusions sont acquises, les changements estimés désirables à la loi et à la procédure applicables à ces sujets, afin de mieux assurer la protection de l'individu et, si possible, sa réhabilitation, compte tenu

d'une juste protection de la collectivité; et [de] considérer, en vue de faire des recommandations, tous les sujets qui ont un rapport nécessaire avec ce qui précède ainsi que toutes questions connexes qui pourraient éventuellement être référées au comité; sans considérer cependant des délits particuliers sauf dans le cas où une telle considération serait directement pertinente à l'étude des sujets ci-haut mentionnés (Rapport Ouimet, 1969 : 1).

Par ailleurs, il aurait sans doute aussi fallu expliquer pourquoi le ministre avait jugé préférable de reprendre lui-même la direction des travaux non achevés plutôt que d'accorder à la Commission un délai supplémentaire qui lui aurait permis de les finaliser elle-même. Il aurait ici fallu neutraliser tout soupçon à l'effet que de tels arrangements n'avaient pas été pris pour des raisons objectives politiquement acceptables (par exemple, pour des raisons relatives à des contraintes budgétaires particulières), mais bel et bien pour exercer un contrôle direct sur l'information et pour éviter que les recommandations issues de ce projet n'entrent en conflit avec les orientations du ministre et le programme politique de son gouvernement.

La position du ministre était d'autant plus discutable que le comité Fauteux qui avait été institué dix ans auparavant (1956) avait quant à lui été rassuré dès le départ que le ministre de la Justice, à l'époque, ne comptait d'aucune manière interférer avec le bon déroulement des travaux. Dans une lettre écrite à chaque membre dudit comité, le ministre avait pris la peine de préciser :

Vous savez sans doute que je n'entends pas imposer la moindre restriction à la portée de votre enquête. Au contraire, j'espère que les membres du comité trouveront le moyen d'examiner à fond le domaine des pardons et des libérations conditionnelles et, après une enquête approfondie, pourront me faire part de leurs conclusions et de leurs recommandations (L'honorable Stuart S. Garson, cité dans Rapport Fauteux, 1958).

Nous ne sommes pas en train de suggérer ici que la démarche qu'aurait entreprise le ministre pour justifier ses propres décisions aurait été dès le départ vouée à l'échec. Nous observons simplement que l'issue de l'imbroglio était relativement incertaine et que dans ce contexte d'incertitude, la Commission Ouimet se retrouvait—en dépit de son infériorité hiérarchique—en position de négociier elle-même les conditions de son propre fonctionnement et la reconnaissance de son autonomie organisationnelle.

Par rapport à l'exigence ministérielle relative à l'obligation de formuler des recommandations de manière à ce qu'elles puissent être défendues devant le Parlement de même que devant la population canadienne en général, il y avait deux manières de l'interpréter. On pouvait l'entendre soit comme une *exigence de contenu*, soit comme une *exigence de forme*. L'interprétation de cette exigence revenait à la Commission elle-même. Allaient dépendre de l'interprétation privilégiée les possibilités de favoriser ou non, en son sein, l'émergence des idées innovatrices en matière de justice pénale.

L'*exigence de contenu* aurait impliqué que la Commission doive formuler ses idées en anticipant d'entrée de jeu leur réception dans le Parlement et dans la population canadienne en général. Dans ce cadre, compte tenu de la forte impression qu'a pu avoir la rationalité pénale sur la pensée législative canadienne et la population en général⁹⁵, il aurait été difficile d'imaginer que des idées innovatrices puissent trouver leur place dans les recommandations de la Commission Ouimet. En effet, si, comme le soulignait Alter (2005 : 268), « l'innovation est [...] toujours amenée à transgresser les règles, et l'innovateur à prendre des risques », ici, en se

⁹⁵ Les recherches de Pires et al. (2001) sur les demandes publiques de modification du Code Criminel canadien montrent que la rationalité pénale moderne a très étroitement influencé l'argumentaire construit par les demandeurs pour motiver les changements qu'ils proposaient. Les recherches montrent en outre que ce système de pensée dominant a aussi conditionné le choix des acteurs politiques dans la sélection des demandes et leur mise en forme juridico-pénale. Les théories de la peine motivent autant les demandes du public que les sélections du politique.

contentant de privilégier les formes établies, les membres de la Commission n'auraient pris aucun risque, mais n'aurait par ailleurs stimulé aucune innovation.

Une interprétation favorisant l'*exigence de forme* allait quant à elle se présenter de manière beaucoup moins contraignante et plus favorable à l'émergence des idées innovatrices. On pourrait en effet tout simplement l'interpréter comme une demande expresse à l'effet que les prises de position de la Commission, *quelles qu'elles puissent être*, soient rigoureusement ancrées dans la connaissance et l'observation empirique de manière à augmenter les chances qu'elles puissent convaincre le Parlement de la nécessité de se détacher de la rationalité pénale moderne pour adopter des orientations législatives plus innovatrices. Dans ce cadre, la Commission serait en position d'assumer une plus grande créativité sur le plan de la connaissance et de recommander librement ce qui, *de son propre point de vue*—et indépendamment des attentes normatives présentes dans l'environnement—pourrait le mieux servir les intérêts de son projet de justice, voire ceux de l'innovation.

Notre matériel empirique indique que la Commission Ouimet n'a pas souhaité se concevoir comme une commission *du politique*, mais bien comme une commission *du droit*, avec comme projet de produire des connaissances sur le droit. Par rapport au Parlement et indépendamment des attentes particulières des différents partis politiques qui le constituent, le président de la Commission a clairement communiqué la ferme intention de promouvoir l'autonomie de la Commission, de ne laisser aucune considération politique interférer dans sa réflexion et faire obstacle à sa créativité :

There is no doubt that the Committee was appointed to assist the Minister, but its dependency has not been discussed and it was the

understanding of all the members that their report and recommendations would be completely unfettered (Roger Ouimet, président)⁹⁶.

We are not bound by political considerations, and should not hesitate to make strong recommendations, where they are in order, regardless of their effects on the future of a particular political group (Roger Ouimet, président)⁹⁷.

Par rapport à la population canadienne en général, la Commission considère que l'opinion de celle-ci en matière de justice pénale est souvent tributaire de toute une série de représentations souvent déformées par la surenchère des médias d'information. Les membres de la Commission n'étaient en effet pas convaincus « que les citoyens canadiens soient pleinement sensibilisés aux problèmes qui se posent » (Rapport Ouimet, 1969 : 34). Ainsi, dans l'opinion publique canadienne, la créativité, l'innovation et « la modernisation des concepts et des services de maintien de l'ordre, du "sentencing" et de la correction » (Ibid, 1969 : 34) risquaient de se heurter à des « cristallisations antérieures » (Alter, 2005 : 161). En même temps, comme « innover suppose toujours de prendre le risque de transgresser les règles sociales » (Alter, 2005 : 161), pour le bien de la réforme et dans le respect des termes d'un mandat qui l'enjoignait à « recommander [...] les changements estimés désirables » (Rapport Ouimet, 1969 : 1), le président se dit ici prêt à défier le *statu quo*. Il se dit prêt, s'il le faut, à décevoir certaines attentes normatives présentes dans l'environnement de la commission et à surprendre « a lot of people ».

It is my firm belief that our Report should not only assess what presently exists in the field of corrections, but also project into the future *without*

⁹⁶ Committee on Corrections: Commentaries re: Memorandum, 6 pages, 26 septembre 1965, p.1. Volume 1, Cartable noir intitulé « Office, Orders in Council, agendas, minutes of meetings (to 1966) ».

⁹⁷ Juge Ouimet, Memorandum from the Chairman to the Committee members, the assistant secretary and the research associate (Strictly confidential), 27 et 28 décembre 1967. 12 pages. Volume 17 Dossier: Chairman- Notes and Observations (No. 1) - To December 31, 1967.

*fear of recommending changes*⁹⁸ which might appear radical to a lot of people (Roger Ouimet, président, notre souligné)⁹⁹.

La Commission Ouimet n'aura donc pas souhaité lier son analyse et ses recommandations à ce qui pourrait leur être réservé dans l'avenir. Elle veut oser, prendre le risque d'innover et laisser l'avenir décider du reste.

Le ministre a finalement accepté de nuancer les conditions de fonctionnement qu'il avait unilatéralement imposées à la Commission. S'il maintient le délai de deux ans, il accepte de l'assouplir, de le concevoir comme un délai approximatif qui au besoin permettrait d'accorder un délai supplémentaire¹⁰⁰.

During conversations of different members of the Committee with Mr. MacDonald [sous-ministre au ministère de la Justice], it was understood that perhaps a tentative deadline would be established, but with a provision for possible extension (Commission Ouimet)¹⁰¹.

Les travaux de la Commission vont finalement s'étendre sur une période de quatre ans et ne prendront donc pas automatiquement fin après le délai de deux qu'avait au départ fixé le ministre. Aucun des travaux mis en chantier ne sera

⁹⁸ Si l'innovation, compte tenu des risques qu'elle représente, peut être source d'insécurité pour l'individu, la position du président Ouimet nous permettrait à cet égard de rejoindre les remarques de Remouchamps et Tilman (1991 : 23) : « le fait d'être agent de changement à l'intérieur d'une unité sociale dont la règle est le changement est source de sécurité pour l'individu ».

⁹⁹ Juge Ouimet, Memorandum from the Chairman to the Committee members, the assistant secretary and the research associate (Strictly confidential), 27 et 28 décembre 1967. 12 pages. Volume 17 Dossier: Chairman- Notes and Observations (No. 1) - To December 31, 1967.

¹⁰⁰ Un délai supplémentaire sera demandé au début de l'année 1968 et aussitôt accordé par le Solliciteur Général du Canada (l'honorable George J. McIlraith) qui assurait alors la direction de la Commission Ouimet. Se référer aussi à la note infra 82.

¹⁰¹ Committee on Corrections: Commentaries re: Memorandum, 6 pages, 26 septembre 1965, p.2-3. Volume 1, Cartable noir intitulé « Office, Orders in Council, agendas, minutes of meetings (to 1966) ».

par ailleurs relégué au ministère ni à aucune autre organisation politique externe. Tous auront été menés à terme par la Commission elle-même, sans interférence au niveau du contenu¹⁰².

Somme toute, tirant profit de l'ensemble de ces considérations sur l'autonomie de la Commission Ouimet, on peut d'un point de vue sociologique constater ici ce que bon nombre de recherches ont déjà constaté ailleurs : « l'acteur, individuel ou collectif, n'est ni libre ni prisonnier par rapport aux contraintes : il exerce une influence pour mettre en oeuvre sa propre rationalité, en évitant ou en modifiant ces contraintes » (Alter, 2005 : 245). Même si une organisation se retrouve formellement placée sous la direction d'une autre organisation¹⁰³, elle peut toujours—au même titre que les acteurs individuels (Crozier et Friedberg, 1977)—développer dans l'incertitude des stratégies qui modifient la distribution du pouvoir. Des rapports de force peuvent alors s'instituer et produire des effets tout à fait inattendus. Dans le cas qui nous intéresse plus particulièrement ici, ce qui *a priori* paraissait effectivement inattendu, c'était qu'une organisation placée sous la supervision d'une autre réussisse à reconquérir *activement*, dans le cadre même de ses opérations, la reconnaissance de son autonomie. Cette autonomie de la Commission Ouimet allait lui permettre de se différencier de son environnement, de se différencier du politique et de résister aux tentatives de contrôle externes.

¹⁰² Tous les chapitres constitutifs du rapport ont d'abord été rédigés par la Commission dans la forme d'un « work in progress ». Ils ont ensuite tous été soumis aux consultants, revus et, le cas échéant, corrigés par la Commission. Ils ont par après été soumis au ministère pour commentaires et suggestions, puis intégralement finalisés par la Commission elle-même. Aucun ajout, aucune coupure, aucune modification quelconque n'aurait ainsi été faite sans l'approbation des membres de la Commission.

¹⁰³ Et encore faut-il que cette autre organisation ait le temps de la diriger.

3.5 La fermeture et l'ouverture de la Commission Ouimet

En admettant nous-mêmes, comme observateur externe, l'autonomie de la Commission Ouimet, nous devons cependant, pour la suite de nos considérations, tenir compte des remarques de Coriat et Weinstein (2002) qui nous mettent ici en garde contre une analyse des conditions d'émergence des innovations organisationnelles purement internes, c'est-à-dire produites par une organisation qui n'entreprendrait aucune relation avec son environnement. Dans les termes des auteurs :

The contribution of the organizational approach to the understanding of innovation dynamics is essential. But, at the same time, it can easily lead to the error of [...] regarding [...] organizational innovation *as being the result of internal relations only* (Coriat et Weinstein, 2002 : 277-278; notre souligné).

Les analyses sociologiques sur les systèmes innovateurs ont en effet montré que l'innovation est très souvent favorisée lorsque ces systèmes peuvent au contraire s'ouvrir sur leur environnement, entrer en relation avec la complexité externe et tirer profit des possibilités nouvelles offertes par l'environnement.

Dans un contexte de stricte fermeture organisationnelle, l'émergence de l'innovation serait en effet peu probable : « des systèmes fermés évoluent vers l'entropie, la dégradation et l'homogénéisation » (Matteaccioli, 2006 : 290).

Si nous prenons au sérieux ces considérations et que nous admettons que la capacité de s'ouvrir sur l'environnement est une condition nécessaire à l'innovation des organisations, nous prenons toutefois tout aussi au sérieux les remarques de Luhmann à l'effet qu'aucune organisation ou système ne peut exister sans développer une capacité de différenciation instituant des frontières qui lui permettent de se

différencier de son environnement. Ainsi, pour reprendre les termes de Luhmann, « le concept de fermeture [...] continue d'être un aspect indispensable à la reproduction du système » (Luhmann, 1988 : 336).

Un premier problème émerge. Comment alors réconcilier fermeture et ouverture et rester néanmoins cohérent sur le plan théorique?

Luhmann résout le problème en articulant les deux notions (fermeture et ouverture) dans un rapport de dépendance l'une envers l'autre. Les systèmes sociaux qui se reproduisent dans le cadre de leur fermeture autopoïétique « ne peuvent se reproduire qu'à l'intérieur d'un environnement » (Luhmann, 1988 : 335). L'auteur explique que « s'ils n'étaient pas continuellement irrités, stimulés, perturbés et confrontés à des changements dans l'environnement, après une courte période de temps, leurs propres opérations prendraient fin, leur autopoïèse cesserait » (Ibid : 335)¹⁰⁴. Les organisations et les systèmes doivent donc être pensés comme des entités en relation de dépendance avec l'environnement.

Un autre problème apparaît. Lorsque l'autonomie s'oppose à la dépendance, comment maintenant réconcilier, sans contradiction, l'autonomie de l'organisation et sa dépendance par rapport à l'environnement?

Une première tentative de réconciliation nous est proposée par Edgar Morin qui précise que « contrairement à l'opposition simplifiante entre une autonomie sans dépendance et un déterminisme de dépendance sans autonomie, [...] la notion d'autonomie ne peut être conçue qu'en relation avec l'idée de dépendance

¹⁰⁴ En ce sens, sur le plan sémantique, la notion d'autonomie ne s'opposerait ni à la notion de dépendance ni à la notion d'hétéronomie, mais bien à la notion d'autarcie laquelle implique, de fait, une fermeture stricte et une autosuffisance interne sans relation avec l'environnement. C'est contre elle, et non contre la notion d'autonomie, que Coriat et Weinstein voulaient nous mettre en garde.

(Morin, 1983 : 320). Nous n'utiliserons donc pas ici la distinction autonomie/dépendance. Nous utiliserons plutôt la distinction autonomie/hétéronomie, telle que proposée par Barel (1983 : 466).

En appliquant ces considérations théoriques à notre objet, la Commission serait donc une organisation *dépendante* de son environnement en ce qu'elle ne peut en elle-même détenir ni produire tout le savoir nécessaire à l'*exigence de forme* et à la solidification de ses recommandations. Elle devra donc s'ouvrir *cognitivement* sur son environnement pour connaître, s'informer et faire enquête (au sens large). La Commission serait en même temps une organisation *autonome* puisque l'environnement ne déterminera pour elle ni ce qui sera consulté ni comment ce sera consulté ni d'ailleurs ce qu'elle fera ultimement de l'information recueillie. Ici, ce serait plutôt la Commission elle-même qui, en se fermant sur son environnement, prendrait ce genre de décisions, déciderait des stratégies à adopter pour rejoindre cet environnement, le mobiliser et déterminer comment se dérouleront la réflexion et la prise de décisions par rapport à l'information amassée.

Si nous acceptons ainsi de concevoir théoriquement la Commission Ouimet comme une organisation à la fois autonome et dépendante, il nous faudrait dès lors, suivant les dernières considérations et en prenant appui sur notre matériel empirique, pouvoir caractériser les opérations relatives à la fermeture et à l'ouverture de l'organisation. Ce sera l'objet du prochain point.

3.6 La mobilisation de l'environnement

Nous voulons ici comprendre, dans un premier temps, comment la Commission Ouimet s'y est prise, concrètement, pour entrer en relation avec son environnement et sélectionner les savoirs dont elle n'était pas elle-même détentrice,

mais dont elle pouvait néanmoins dépendre pour répondre adéquatement à l'exigence de forme du ministre—c'est-à-dire, rappelons-le, pour élaborer des recommandations qui puissent ultimement être défendues devant le Parlement comme ailleurs.

Toute démarche vers la connaissance implique nécessairement un programme minimal de recherche, d'enquête, de consultation, d'échange et de traitement de l'information. Tout programme de recherche implique en d'autres termes la *mobilisation* d'un environnement susceptible d'informer et d'apporter une contribution pertinente sur des thèmes d'intérêt particulier. Comme l'explique Callon, « mobiliser » c'est en ce sens « rendre mobiles des entités qui ne l'étaient pas »; c'est en l'occurrence, dans le cadre de sa fameuse recherche sur les coquilles Saint-Jacques, avoir trouvé le moyen de faire en sorte qu'il y ait, au début, « des coquilles Saint-Jacques, des marins-pêcheurs et des spécialistes dispersés et difficilement accessibles » et qu'il y ait, à la fin, « trois chercheurs, à Brest, qui disent ce que sont et veulent ces différentes entités » (Callon, 1986 : 197).

Dans le cas qui nous intéresse plus particulièrement ici, la Commission devait donc, dès le départ, sur des questions relatives à son mandat, elle-même développer une stratégie de mobilisation de l'environnement qui allait lui permettre d'entrer en relation avec des entités susceptibles d'éclairer sa réflexion. La stratégie retenue comprend globalement deux démarches : la première démarche vise d'abord la sélection des recherches déjà existantes (3.6.1); la seconde démarche consiste à produire, au besoin et dans le cadre même du fonctionnement de la Commission, des recherches qui allaient pouvoir compléter les premières (3.6.2). Nous allons voir, dans l'ordre, sur le plan du fonctionnement de la Commission Ouimet, ce qu'a pu impliquer concrètement chacune de ces démarches.

3.6.1 La sélection des recherches existantes

Dans le contexte où la Commission était enjointe, par son mandat, d'« étudier tout le domaine de la correction, dans son sens le plus large¹⁰⁵ », toute une série de questions extrêmement techniques et complexes étaient susceptibles de nécessiter l'accès à des savoirs spécialisés. La littérature devenait alors « an obvious source of information and ideas for the Committee¹⁰⁶ ».

Cette littérature était disponible, mais disponible dans une quantité et une diversité qui, paradoxalement, en rendait l'accès difficile. Tout ne pouvant pas être lu, il fallait ici trouver le moyen de réduire les sources d'information et donc de « réduire l'environnement lui-même » (Luhmann, 1989 : 12). Ce sera la toute première opération de la Commission Ouimet.

Pour réduire la quantité et la diversité des sources d'information, la Commission Ouimet réduit son environnement dans le temps et dans l'espace¹⁰⁷. Dans le temps, elle vise d'abord—mais non exclusivement—les « research projects that have been carried out during the past five years or are now being carried out »

¹⁰⁵ C'est-à-dire, rappelons-le : « depuis la toute première enquête sur une infraction jusqu'à la libération définitive du prisonnier soit de sa détention soit de sa libération conditionnelle, y compris les procédures et les mesures telles que l'arrestation, la sommation, le cautionnement, le droit d'être représenté devant la cour, la condamnation, la liberté surveillée, la sentence, la rééducation, les soins médicaux et psychiatriques, la libération, la libération conditionnelle, le pardon, la surveillance, l'orientation et la réhabilitation post-libératoires » (Rapport Ouimet, 1969 : 1).

¹⁰⁶ Canadian Committee on Corrections: methods of work. October 31, 1965, 2 pages. Volume 1, Cartable noir intitulé « Office, Orders in Council, agendas, minutes of meetings (to 1966) ».

¹⁰⁷ Les paramètres ne sont pas rigides. Les idées les plus intéressantes pouvant apparaître à l'extérieur de ces paramètres, la Commission restera ouverte à la possibilité d'intégrer d'autres recherches.

(Commission Ouimet, 29 octobre 1965)¹⁰⁸. Dans l'espace, même si elle pourra élargir par la suite, elle donne au départ la priorité au « research going on in Canada » (Ibid).

Pour rejoindre les sources d'information disponibles dans cet environnement plus réduit, elle prépare, à partir de catégories qu'elle aura elle-même établies, une « list of government and non government associations, agencies and universities ». Elle demande à ces entités environnementales d'indiquer, par l'entremise d'un questionnaire, les recherches dont elles disposent. Parmi les entités ciblées, la Commission mentionne :

... au niveau du gouvernement fédéral, le ou la :

- 1) National Parole Service
- 2) Penitentiary Service
- 3) Royal Canadian Mounted Police
- 4) Dominion Bureau of Statistics
- 5) Health and Welfare

... au niveau du gouvernement provincial, les :

- 1) Attorney General Departments, including the Department of Justice in the Province of Quebec and that of Reform Institutions in Ontario.
- 2) Welfare Departments (some)

... au niveau des associations, la ou les :

- 1) Canadian Corrections Associations (including Canadian journal of corrections)
- 2) Bar Associations
- 3) Judges and Magistrates Associations
- 4) John Howard Society of Canada
- 5) Main Police Services

¹⁰⁸ Canadian Committee on Corrections: Research, October 29, 1965, 2 pages. Volume 1, Cartable noir intitulé « Office, Orders in Council, agendas, minutes of meetings (to 1966) ».

- O.P.P.
- Montreal
- Toronto
- Vancouver
- Canadian Society of Forensic Science
- Drugs and Alcoholism Foundations

... et au niveau des universités, la ou les :

- 1) Law Schools
- 2) Sociology Departments
- 3) Psychology Departments
- 4) Psychiatry
- 5) Criminology
- 6) Schools of Social Work
- 7) Theses (selected)

Les résultats de cette première sélection autonome à l'égard des « sources d'information » ciblées devaient ainsi permettre à la Commission l'accès à l'environnement et à une variété considérable de connaissances; lui permettre, en d'autres termes, « to turn to whatever research project it is interested in for further knowledge on particular topics that might prove useful in the completion of its mandate » (Commission Ouimet, 29 octobre 1965)¹⁰⁹.

Dans l'éventualité où l'information recueillie ne serait pas suffisante, dans l'éventualité où elle ne permettrait pas de répondre adéquatement aux exigences du mandat, la Commission a prévu pallier à ce problème en développant son propre programme de recherche pour la production de recherches complémentaires.

¹⁰⁹ Canadian Committee on Corrections: Research, October 29, 1965, 2 pages. Volume 1, Cartable noir intitulé « Office, Orders in Council, agendas, minutes of meetings (to 1966) ».

3.6.2 La production de recherches complémentaires

Dans la mesure du possible, la production des recherches complémentaires devait être réalisée soit par les membres, soit par les consultants, soit encore par d'autres individus étant sous contrat à l'externe. Il pouvait s'agir alors de solliciter des agents de recherche pour simplement collecter de l'information; il pouvait également s'agir de solliciter des experts pour émettre une opinion spécialisée sur des questions plus pointues; dans ces cas, les recherches à forfait allaient devoir combiner ces deux dimensions.

Whenever feasible research will be done by our own staff: other research will be placed with outside individuals or organizations on a contract basis. Some research will involve collecting facts, other research will involve collecting evaluations and considered opinions; some projects will combine the two (Commission Ouimet, 31 octobre 1965)¹¹⁰.

La stratégie adoptée pour la production des recherches de la Commission prévoit la sollicitation de mémoires (3.6.2.1); la réalisation d'entretiens qualitatifs (3.6.2.2); la conduite d'observations sur le terrain (3.6.2.3) et la production d'études spéciales (3.6.2.4).

3.6.2.1 La sollicitation des mémoires

La décision de solliciter des mémoires était une décision contingente qui revenait ultimement à la Commission elle-même. Au départ, certains consultants n'y voyaient pas nécessairement l'intérêt. On voyait mal, de prime abord, comment

¹¹⁰ Canadian Committee on Corrections: methods of work. October 31, 1965, 2 pages. Volume 1, Cartable noir intitulé «Office, Orders in Council, agendas, minutes of meetings (to 1966)».

l'information recueillie par l'entremise des mémoires pourrait favoriser la réalisation des objectifs prévus dans un mandat soulevant des questions de droit souvent très techniques. On voyait mal, par ailleurs, comment il allait être humainement possible de gérer toute cette information.

Most of the questions, which are mentioned in your summary, are in my opinion (most of them) technical questions, highly technical questions. And in this thought too, we would have a room full of briefs [...] and enough to drown in them. I don't see how this would prove useful (Père Mailloux, consultant, professeur de psychologie)¹¹¹.

Le président de la Commission tenait quant à lui à ce que, d'une manière ou d'une autre, les membres prennent contact avec la population canadienne. Les mémoires allaient ainsi permettre de sonder l'opinion publique, mais ils allaient en outre permettre d'éviter qu'au moment de déposer le rapport, des plaintes soient déposées par des personnes ou des organisations qui, dans un contexte semblable, se sont vues reconnaître dans le passé le droit d'être entendues. Ce sont les arguments que le président de la Commission apporte en réponse à l'objection du Père Mailloux.

Don't you believe Father Mailloux, that we should nevertheless take into account public opinion, because if we do not ask organizations for their opinion whatever the value may be we would expose ourselves and at a certain moment to be accused of having ignored part of public opinion. I admit that obviously the work that we have to do is a highly technical one, which goes beyond the capacity of these bodies, but nevertheless, in view of the fact that they are used to being heard, I have the impression [...] that it would be preferable for us at a specific time to ask for their opinions whatever the value may be. I don't know what you think about this? (Roger Ouimet, président)¹¹².

¹¹¹ Réunion sténographiée avec les consultants - version anglaise, 12 janvier 1966, 199 pages. Volume 2, page 163.

¹¹² Ibid.

Quant à la question de la gestion de l'information recueillie, les membres de la Commission avaient déjà trouvé un compromis qui permettait d'en limiter la quantité en autorisant uniquement—en principe¹¹³—des mémoires *écrits* : « It was agreed that we would accept only written not verbal briefs from organizations and individuals who wish to place their ideas before the Committee » (Commission Ouimet, 15 octobre 1965)¹¹⁴. Aucune consultation publique n'avait donc été prévue à l'agenda.

Pour « rejoindre » cet environnement et l'inviter à se mobiliser par l'entremise de mémoires écrits, la Commission a demandé au ministère de la Justice d'approuver la distribution d'une brochure encourageant le public canadien à soumettre ses idées. La brochure comprenait entre autres une définition spécifique du mandat ainsi qu'une liste de 71 questions traitant séparément de ses différents aspects. La brochure permettait ainsi, non seulement de mobiliser les discours, mais de le « semi-diriger » en fonction des questions d'intérêts. La Commission augmentait ainsi les chances d'obtenir des mémoires pertinents et une information pouvant éventuellement servir à alimenter certaines réflexions.

La brochure a été distribuée en sept mille (7000) exemplaires, à travers tout le Canada et à diverses adresses stratégiques :

¹¹³ La Commission n'a cependant pas voulu fermer complètement la porte à la possibilité d'autoriser, dans certains cas particuliers, certaines personnes à venir témoigner oralement devant elle : « It is understood that public appearances are not planned and that there will be no change in this regard without previous Consultation with the Solicitor General. By "public appearances" are meant public sittings. This paragraph does not mean the Committee may not solicit representations from interested organizations and individuals and grant them interviews » (Committee on Corrections, Terms of reference and procedures, p.4. Volume 1, Cartable noir intitulé « Office, Orders in Council, agendas, minutes of meetings (to 1966) »).

¹¹⁴ Third Meeting, August 15, 1965, Stockholm, p.2. Volume 1, Cartable noir intitulé « Office, Orders in Council, agendas, minutes of meetings (to 1966) ».

Associations, public bodies, newspapers, communications media, labour unions, chambers of commerce, universities, correctional institutions, in short, [...] people and institutions presumed to be interested in the work of the Committee¹¹⁵.

La Commission s'assurait ainsi de rejoindre le plus de personnes et d'associations possibles et de mobiliser une grande diversité de points de vue.

La stratégie adoptée par la Commission a porté fruit. Le public s'est en effet montré intéressé par le projet.

Up to July 26, 1967 a total of 112 briefs had been received, fifty two of which came from individuals and sixty from groups or associations. One of these briefs contains 70, 000 words (Commission Ouimet)¹¹⁶.

Les points de vue qui ont ainsi été recueillis peuvent représenter l'opinion d'une personne en particulier ou les propos plus officiellement tenus par un groupe ou une association spécifique.

À partir de la stratégie qu'elle adopte sur la sollicitation des mémoires, la Commission Ouimet se donnait non seulement les moyens de découvrir une pluralité de points de vue, mais elle se donnait aussi les moyens de saisir une partie de l'opinion publique pour éventuellement pouvoir la communiquer aux décideurs politiques.

3.6.2.2 La réalisation d'entretiens qualitatifs

¹¹⁵ Summary of the Activities of the Canadian Committee on Corrections for the Fiscal year 1967-1968, October 30, 1968, Volume 17, Dossier: Record of the Committee's Activities. 6 pages, page 3-4.

¹¹⁶ Ibid.

Les entretiens réalisés par la Commission Ouimet ont été conduits au cours de ses déplacements à travers les provinces canadiennes et à l'étranger¹¹⁷.

Par l'entremise de ces entretiens, elle voulait sur certaines questions spécifiques avoir une idée plus claire des positions que pouvaient prendre les ministres de divers gouvernements, les représentants de la police, les membres du Barreau et de la magistrature, le personnel des services correctionnels ou toutes « autres personnes particulièrement versées dans les questions à l'étude » (Rapport Ouimet, 1969 : 5).

En général, les membres de la Commission ont reçu un accueil chaleureux et ont pu bénéficier de la pleine collaboration des personnes interviewées. Par contre, dans certains cas, le contact s'est avéré plus difficile. Certains interlocuteurs avaient déjà—sur certaines questions d'intérêt—des attentes spécifiques quant à la position que tiendrait, selon eux, la Commission. On pouvait ne pas être tout à fait d'accord sur les principes ou ne pas souhaiter, pour toutes sortes de raisons, que certains changements soient recommandés.

À l'époque, certaines questions soulevées dans le mandat étaient encore extrêmement controversées et suscitaient des inquiétudes. Celle relative aux libérations conditionnelles peut servir d'exemple. Sur cette question, la Commission Ouimet voulait proposer des changements qui allaient permettre d'en favoriser davantage le recours et de limiter ainsi la durée moyenne des incarcérations au Canada. Elle a de fait rencontré plusieurs formes de résistance dans le cadre de ses entretiens : certaines étaient reliées à une représentation négative de l'efficacité des libérations conditionnelles; d'autres étaient reliées aux coûts économiques impliqués;

¹¹⁷ À l'étranger, les rencontres et consultations ont eu lieu dans différentes villes des pays suivants : la Belgique, le Danemark, l'Angleterre, la France, les Pays-Bas, la Suède et les États-Unis.

d'autres encore considéraient que l'idée d'une remise en liberté avant la fin des termes prévus par la sanction ne correspondait pas à un idéal de justice punitif, sévère et rigoureux dans l'administration de ses peines; d'autres encore mettaient de l'avant la crainte que soient remises en liberté des personnes qui pouvaient continuer de représenter une menace pour la population.

On ne saurait trop dire ici, à partir des notes du président de la Commission, de quelles formes étaient les résistances du procureur général de la province de la Nouvelle-Écosse sur la question des libérations conditionnelles, mais on peut supposer une forme de résistance suffisamment forte pour instaurer une tension dans les échanges.

The third interview on Monday was with Mr. Donohoe, Attorney General [Nova-Scotia]. The attitude of Mr. Donohoe was rather uncompromising at the beginning, with hostile undertones. [...] He was [concerned about the fact] that the public, as well as Mr. Justice [...] are "very uncomfortable" at the thought that a well-known murderer, who has been sentenced for life imprisonment, or whose sentence has been commuted, sometimes come out of the penitentiary only after a stay of some token months. The Chairman expressed his own opinion and countered with the fact that most judges did not understand the work of the National Parole Board (Roger Ouimet, président)¹¹⁸.

Sur des questions plus controversées, les entretiens qualitatifs permettaient à la Commission Ouimet d'anticiper les formes de résistance susceptibles de faire éventuellement obstacle à ses recommandations, de les traiter avec une attention plus particulière et, dans la mesure du possible, de les désamorcer dans le cadre même de son rapport.

¹¹⁸ Juges Ouimet, Notes personnelles, Trip to Nova-Scotia. Monday October 18th, 1965
Volume 17. Dossier: Spare Copies - Nova-Scotia.

Sur la question des libérations conditionnelles, pour poursuivre avec notre exemple, la Commission y consacre un chapitre entier (chapitre 18) dans son rapport. Les arguments de résistance sont contrecarrés par des recherches montrant que la mesure est non seulement plus efficace que ne le prétendent certains, mais qu'elle serait par ailleurs moins coûteuse pour l'État qu'une libération au terme de la sentence.

Pour mesurer la réussite de la libération conditionnelle, il faut d'abord définir ce qu'est la « réussite ». On pourrait dire qu'il y a eu réussite lorsque le libéré termine sa période de liberté conditionnelle sans révocation ni déchéance de son certificat de libération conditionnelle. [...] La Commission nationale des libérations conditionnelles signale que, sur les 20 254 libérations conditionnelles qu'elle avait accordées à la fin de 1967 [dans] 2201 cas la libération conditionnelle ne s'est pas terminée avec succès. Il s'ensuit que 89.2 p. 100 des libérés conditionnels ont terminé sans encombre leur période de libération conditionnelle ou sont encore en liberté conditionnelle. [...] Dans une autre étude un groupe de 1677 détenus libérés des pénitenciers régionaux entre mai 1959 et mai 1961 ont été suivis pendant une période de plus de cinq ans après leur libération. [...] Les chiffres indiquent un taux de succès de 55 p. 100, après cinq ans, pour les détenus libérés conditionnellement des pénitenciers fédéraux. Ceux qui ont été libérés à l'expiration n'ont réussi que dans une proportion de 35 p. 100. [Par ailleurs], il en a coûté 750\$ par an, pendant l'année financière 1967-1968, pour s'occuper d'un condamné en liberté conditionnelle; par contre, la même personne incarcérée dans un pénitencier aurait coûté environ 5300\$. Lorsque l'on considère les frais indirects, comme la perte de l'apport économique et les frais d'entretien des personnes à charge, l'épargne de fonds publics devient encore plus marquée. [...] Une enquête nationale [...] portant sur 2 284 libérés conditionnels a révélé que 1 949 (86 p. 100) avaient un emploi et qu'ils ont gagné globalement, pendant le mois, 673 371\$, soit une moyenne de 294.82 par personne. L'enquête révèle également qu'ils assuraient la subsistance de 2472 personnes à charge. [...] Il s'agit là d'un succès assez impressionnant puisqu'en permettant au détenu de passer la période de libération conditionnelle dans la collectivité au lieu de la passer dans l'établissement, on n'a fait courir aucun risque au public, tout en augmentant les chances de réussites ultérieures du libéré conditionnel et en réduisant les frais pour le contribuable [...] Le Comité

souligne qu'en cas de choix entre deux formules de traitement, dont l'une coûte plus cher que l'autre, c'est aux tenants de la formule la plus coûteuse qu'il doit incomber d'en démontrer l'efficacité supérieure et la nécessité. [...] (Rapport Ouimet, 1969 : 356-360).

Suivant ces considérations, il incomberait en définitive aux tenants de la redondance et du *statu quo* de fournir la preuve que la détention de l'individu jusqu'au terme de sa sentence permettrait de mieux protéger la société que la valorisation des libérations conditionnelles. Il leur incomberait également de montrer comment les avantages d'une libération au terme de la sentence pourraient justifier les désavantages qu'elle représente sur le plan des coûts économiques et sociaux. En définitive, l'argumentaire de la Commission Ouimet sur les libérations conditionnelles illustre bien comment la commission tire profit de la connaissance disponible pour articuler ses propres recommandations dans des savoirs « sérieux »; elle remplit ainsi, grâce à la relation établie avec l'environnement, l'*exigence de forme* du ministre de la Justice.

Les entretiens qualitatifs apportent une contribution importante dans la démarche cognitive de la Commission. Ils permettent de préparer l'argumentation des recommandations et de limiter ainsi les risques qu'elles puissent être automatiquement discréditées—devant le Parlement ou ailleurs—par des idées reçues ou des intérêts particuliers.

3.6.2.3 Les observations sur le terrain

Tous les membres de la Commission n'étaient pas familiers avec certaines réalités du milieu correctionnel canadien. Le président lui-même, bien qu'il ait occupé la position de juge pendant un certain nombre d'années, n'avait pas une représentation très claire des conditions de détention auxquelles pouvaient être

confrontées certaines catégories de délinquants. Dans certains cas, il ne semblait pas comprendre pourquoi certains autres membres de sa Commission insistaient tant sur l'importance de recommander des conditions de détention plus humaines.

I do not believe that we should use repeatedly the word “humane” as if offenders were not now given a humane treatment. Some people believe, as a matter of fact, that they are treated too softly. I would like to have examples of organized savagery performed in the name of justice mentioned in this paragraph (Roger Ouimet, président)¹¹⁹.

Plusieurs consultants ont tenté de le convaincre en se référant à des recherches qui montrent que les conditions de détention n'étaient pas les mêmes pour toutes les catégories de délinquants, qu'elles n'étaient pas non plus les mêmes, toutes catégories de délinquants confondues, partout au Canada. Certains des membres ont par exemple attiré son attention sur les conditions de vie en détention préventive, lesquelles pouvaient s'avérer particulièrement pénibles alors que l'individu n'avait pas encore été reconnu coupable d'un quelconque délit. En se référant à ses années de pratique comme juge, le président a indiqué qu'un juge peut parfois d'instinct considérer les antécédents judiciaires d'un inculpé comme un indicateur de culpabilité suffisant pour malgré tout justifier la détention préventive. Quant au problème relatif aux conditions de vie, il reste sceptique par rapport à tout ce que peuvent avancer les experts. Il entend personnellement visiter lesdits lieux et confronter les allégations des recherches existantes avec ses propres observations sur le terrain.

Je dois vous dire que moi, mon instinct de juge, quand un bonhomme m'arrive avec un casier judiciaire long comme ça et qu'il est accusé de crimes semblables à ceux dont il a déjà été trouvé coupable, eh bien la défense a besoin d'avoir des arguments probants pour m'inciter à

¹¹⁹ Notes and observations of the Chairman Re: Suggestions dated July 26, 1968 for modifying chapter 2 by Mrs. Arton. July 26, 1968, Volume 19. Dossier: Spare – Chairman's notes and observations. Suggestions dated July 26, 1968 for modifying chapter 2 by Mrs. Arton.

l'admettre facilement à caution et je crois que c'est la réaction normale des juges dans un cas comme ça (Roger Ouimet, président)¹²⁰.

As far as I am concerned, I must confess, that I would like to see with my own eyes, especially the institutions, which we are going to give an opinion on and I believe that whatever the important contributions of experts may be, perhaps - it is professional defect before I reach conclusion, I like to have personal impressions and opinions (Roger Ouimet, président)¹²¹.

Le président a par ailleurs invité les membres de son comité à l'accompagner dans ses visites en milieux institutionnels.

It is essential that the Chairman and as many members of the Committee as possible travel across the country to get a picture of Canadian services and to establish relationships with appropriate officials (Roger Ouimet, président)¹²².

Un ou plusieurs membres de la Commission se sont ainsi rendus—plus d'une fois dans certains cas—dans la capitale de chaque province canadienne et dans différentes autres localités pour visiter les institutions de détention¹²³ ou autres lieux connexes¹²⁴. Au total, pour le Canada, toutes juridictions (fédérale et provinciale) et tous niveaux de sécurité (maximale, moyenne et minimale) confondus, 68 établissements ont été visités.

¹²⁰ Réunion sténographiée avec les consultants, 11 et 12 janvier 1966, 386 pages. Volume 2, p. 118.

¹²¹ Réunion sténographiée avec les consultants - version anglaise, 12 janvier 1966, 199 pages. Volume 2, page 180.

¹²² Canadian Committee on Corrections: methods of work. October 31, 1965, 2 pages. Volume 1, Cartable noir intitulé « Office, Orders in Council, agendas, minutes of meetings (to 1966) ».

¹²³ Pénitenciers, prisons, maisons de transition, camps ou centres de correction, etc.

¹²⁴ Hôpitaux psychiatriques, Centres d'orientation, Écoles de formation du personnel de correction, etc.

Que suite à ces visites le président de la Commission ait ou non personnellement changé d'opinion sur la question des détentions préventives, le matériel empirique ne nous permet pas de le dire et ce n'aurait d'ailleurs que très peu d'importance pour notre propos. Ce que l'empirie nous permet de constater, c'est que le président a en définitive endossé un rapport qui dénonce les conditions de vie en détention préventive et qui réitère, dans de telles conditions, tout le problème que pose, pour les droits de l'homme, la détention d'un individu qui n'a pas été reconnu coupable d'une infraction:

Bon nombre des établissements servant à détenir ceux qui attendent leur procès sont vieux et mal aménagés. Les conditions de vie et d'hygiène y sont primitives. Il est difficile d'y pratiquer la ségrégation, et les mesures de sécurité destinées aux détenus les plus difficiles doivent s'appliquer à tous. Il s'ensuit que, dans ces établissements, les mesures de sécurité sont souvent plus rigoureuses que dans ceux où sont incarcérés les condamnés. Les programmes y sont presque inexistantes et les problèmes que posent la ségrégation et la classification rendent souvent difficile l'organisation du travail et des loisirs. [...] La détention pendant cette période d'attente peut causer un tort injustifié à l'inculpé qui sera par la suite acquitté et, inutile, à celui qui sera par la suite reconnu coupable. Le Comité estime que, dans la perspective des droits de l'homme, il est clair qu'un accusé ne devrait être incarcéré en attendant son procès, à moins que la protection de la société ne l'exige (Rapport Ouimet, 1969 : 109).

Les membres de la Commission se sont également rendus dans différents pays occidentaux pour faire le même genre d'observation. Ils ont alors pu comparer, sur toute une série de points, la situation canadienne avec celles qui se profilent à l'extérieur des frontières nationales. Au total, à l'étranger, 40 établissements ont été visités. Cette comparaison permettait de voir toute une série de points de convergence, mais elle permettait également, encore une fois, de tester concrètement sur le terrain ce que des consultants avaient eux-mêmes pu observer

dans leurs propres recherches, notamment le fait que le Canada incarcère des individus qui, ailleurs, pour des actes similaires, sont plutôt assujettis à des mesures alternatives non carcérales. Ces observations permettent ainsi de soulever le problème que représente au Canada l'absence de diversité au niveau des sanctions du droit criminel ou, à tout le moins, la réticence de certains juges face à la possibilité de privilégier d'autres sanctions que l'incarcération. Le professeur Denis Szabo, consultant criminologue, a eu l'opportunité de discuter de ce problème avec les membres de la Commission.

- Denis Szabo, consultant, criminologue : Sûrement, le Canada est un des pays dont les prisons regorgent le plus et de loin, d'individus qui dans d'autres pays sont condamnés à toutes sortes d'autres pénalités. [...] Il me semble que l'emprisonnement, dans l'éventail des peines dont on dispose devrait être [...] un élément dont l'importance surtout au Canada, pourrait beaucoup diminuer parmi les peines qui sont à la disposition du tribunal, pour protéger la société.
- Roger Ouimet, président : Croyez-vous que les prisons aient un avenir?
- Denis Szabo, consultant, criminologue: Sûrement, mais un avenir fort différent de ce qui existe aujourd'hui¹²⁵.

En somme, les observations de terrain auraient permis une confrontation plus directe avec la réalité des conditions de détention et ses conséquences sur l'individu. Elles auraient en outre permis de discuter ouvertement des problèmes rencontrés, de déconstruire ou à tout le moins de nuancer ou de neutraliser certaines idées reçues pouvant faire obstacle à une élaboration plus éclairée des solutions à envisager.

¹²⁵ Réunion sténographiée avec les consultants, 11 et 12 janvier 1966, 386. Volume 2, p. 187-188.

3.6.2.4 La production d'études spéciales

Sur des questions plus précises, la Commission a fait appel à toute une série d'experts¹²⁶ susceptibles d'apporter une contribution spécialisée dans différents champs de recherche comme la probation, les prisons et les libérations conditionnelles. Certains experts faisaient déjà partie de la liste des consultants, d'autres ont été sollicités à l'externe. On compte 17 études spéciales entreprises à la demande de la Commission. Nous en reproduisons ici une liste exhaustive :

- Certains aspects de la justice pénale en URSS
- Le traitement des aliénés selon le Code criminel
- Le secret professionnel
- La philosophie de la correction
- Statistique de la criminalité
- Repris de justice et délinquants dangereux
- Aménagements mis à la disposition des magistrats
- Les personnes souffrant de troubles psychologiques et le droit criminel
- La libération conditionnelle
- Plans de pénitenciers à sécurité maximale
- Les prisons
- La probation
- Ressources disponibles dans les universités canadiennes relativement à l'éducation et à la recherche en criminologie et en justice pénale
- La formation du personnel de correction
- Synthèse des mémoires écrits
- L'utilisation de plusieurs choix de sentences
- Assistance post-pénale bénévole

¹²⁶ Contrairement aux consultants qui avaient été sélectionnés par le ministère de la Justice, les experts ont été sélectionnés par les membres de la Commission Ouimet. Voir note infra 63 dans le chapitre méthodologique.

3.7 Les conditions de la réflexion et celles ayant favorisé un improbable consensus

L'étendue de la Commission Ouimet dans l'empirie aura permis de recueillir et de produire une quantité impressionnante d'informations. Pour se donner un ordre de grandeur, dans l'espace que les *Archives Nationales du Canada* ont réservé aux documents de la Commission Ouimet, on compte 34 boîtes d'archives, plus de 3,4 mètres de documents¹²⁷.

Face à une telle masse empirique, autant le chercheur que les membres de la Commission ont pu être—à des moments différents—confrontés à la difficulté de trouver les « bons » filons, ceux qui permettraient d'extraire l'information pertinente et de nourrir la réflexion.

À cet égard, pour la Commission, un peu comme pour le chercheur, le premier défi était de trouver une manière d'organiser le matériel et d'en faciliter l'accès. Le chercheur avait à cet égard une longueur d'avance sur la Commission : les Archives Nationales du Canada avaient déjà mis à contribution leurs archivistes pour produire les distinctions nécessaires à une première forme de classement. La Commission, quant à elle, était directement confrontée à une masse d'information distribuée pêle-mêle, ce qui s'est très vite présenté comme un problème fondamental et une source d'irritation importante. Il devenait difficile de repérer rapidement les documents dont on pouvait avoir besoin et de les rendre accessibles à l'ensemble des membres :

I have been brooding over our lack of filing system. I have held in my office all kinds of different documents, memoranda, etc. [...] At the present time [...] it is well high impossible to find a letter or a document, not to speak of notes, brochures, etc. without looking for them for some time. [...] I want to be able to lay my hands without delay on each and

¹²⁷ Voir chapitre méthodologique (chapitre II).

every one of these documents. [...] As we start working on our different assignments, it is essential that a proper filing system, easily accessible and understandable to everyone in the office, be installed without delay (Roger Ouimet, président)¹²⁸.

Pour résoudre le problème, la Commission a adopté un système de classement sophistiqué : l'information allait être classée par types de documents, puis par thèmes spécifiques et sous-thèmes; le système permettant ainsi non seulement de repérer rapidement les documents voulus, mais de les mettre également en relation les uns avec les autres de manière à pouvoir croiser différents points de vue sur des sujets d'intérêt connexes.

We should use our card index system in order to establish a cross-index wherein different records as well as books, documents etc., will be mentioned under different headings. [...] Many briefs and other documents deal with more than one subject but they should all be indexed and numbered. The main title which will be chosen, and which will be likely to refer to the most important part of the brief, will then be repeated on other cards, alongside subsidiary titles referring to other topics contained in the brief, and so on. [...] I think everyone concerned will be happier and will work with much more efficiency if we succeed in building-up what I consider the backbone of a properly organized office (Roger Ouimet, président)¹²⁹.

Une forme minimale d'organisation du matériel était en effet une condition essentielle au bon fonctionnement de la Commission. Sans elle, la relation de la Commission à la masse d'information recueillie dans l'environnement et la possibilité d'en tirer profit sur le plan de la réflexion auraient été insoutenables sur le plan opérationnel.

¹²⁸ Chairman's Memorandum RE: Meeting with Mr. Mahoney of Toronto, April 27, 1967, volume 3. Dossier General - Minutes of Committee Meetings.

¹²⁹ Ibid.

Mais un deuxième défi attendait encore la Commission, soit celui de réduire la masse d'information *recueillie* à une masse d'information *pertinente*. Cette réduction devait pouvoir permettre de respecter les délais de temps prévus pour la réflexion, mais de respecter, par-dessus tout, les contraintes relatives à l'espace conventionnellement admis pour la production de leurs documents respectifs : en l'occurrence, pour le chercheur, une thèse de doctorat, pour la Commission, un rapport officiel qui en définitive n'occupera ici qu'une seule des 34 boîtes d'archives!

Compte tenu de ces contraintes de temps et d'espace, autant le système psychique du chercheur que le système social de la Commission Ouimet—tous deux confrontés à un environnement nécessairement plus complexe qu'ils ne pouvaient l'être eux-mêmes (Luhmann, 1989 : 11)—ont dû faire des concessions et accepter d'emblée qu'« aucun système ne peut lui-même instituer suffisamment de variétés pour rencontrer, point pour point, toute la variété de son environnement » (Ibid, 1989 : 11-12).

Là où la démarche du chercheur et celle de la Commission se séparent et ne se rencontreront plus, c'est dans la différence fondamentale où, face à la tâche de devoir faire des sélections, le chercheur était seul avec lui-même pour décider sur ce qui allait être ou non pertinent de retenir pour sa réflexion, de ce qui serait ou non important de dire et de traiter dans sa thèse, tandis que la Commission Ouimet, elle, a dû pour les mêmes opérations composer avec une pluralité d'individus susceptibles d'avoir des opinions divergentes sur ce qu'il fallait ou non privilégier. Ce qui nous ramène ici à une question fondamentale, de savoir, comment des organisations « rapprochent des gens que tout sépare » (Bourdieu, 1993 : 9), les obligent à travailler ensemble, souvent « dans l'incompréhension mutuelle, dans le conflit latent ou déclaré » (Ibid, 1993 : 9) et comment malgré tout, l'organisation leur permet de se mobiliser vers un objectif commun, de penser et de décider collectivement?

Les organisations politiques « classiques » de l'État ont trouvé une manière bien à elles de résoudre le problème. Dans la démocratie parlementaire canadienne, sauf exceptions, les décisions individuelles des membres du Parlement ou du Cabinet sont soumises à la normativité qu'imposent les politiques officielles des différents partis. Une fois que les partis ont établi leurs lignes directrices, on s'attend—et des pressions sont exercées en ce sens—à ce qu'indépendamment de leurs différences subjectives, les membres y adhèrent collectivement. Les pressions exercées pour faire cohésion—notamment par l'entremise du *Whip*¹³⁰—chercheront alors à prévenir les déviations individuelles de manière à pouvoir assurer une allégeance suffisamment forte pour pouvoir espérer imposer en Chambre le programme politique voulu.

Dans le cas qui nous intéresse plus particulièrement ici, l'adoption d'une telle discipline au sein de la Commission Ouimet aurait sûrement facilité la prise de décisions et créé, dans un contexte d'hétérogénéité, les conditions d'institutionnalisation d'un « nous » et la possibilité d'un discours homogène. Mais cette stratégie aurait en même temps créé un nouveau problème, le problème étant que dans le cadre des organisations politiques classiques, la discipline de parti et l'appartenance au groupe, loin de favoriser les échanges et la discussion, enferment la pensée individuelle dans des cadres normatifs prédéterminés. La créativité n'est dès lors pas encouragée et lorsqu'elle ose s'écarter des grandes lignes établies par le programme du parti, ce n'est pas sans courir le risque d'être stigmatisée par les membres adhérant plus conventionnellement aux directives du Chef de parti.

¹³⁰ Membre d'un parti politique désigné pour renforcer la discipline au sein des membres de son parti. Il est plus spécifiquement chargé de s'assurer (i) que le contenu des discours tenus par les membres soit conforme aux positions politiques qui ont été définies dans le programme politique de son parti, (ii) que les membres votent selon les directives du Chef du parti, (iii) qu'ils soient présents en chambre lorsqu'ils sont requis d'y être.

Dans un tel climat de « partisanerie », bien que les débats puissent s'enflammer en Chambre ou en coulisse, il est plus difficile de donner libre cours à la libre pensée individuelle. Nous maintiendrons pour notre part que la libre pensée des subjectivités et les tensions qui émergent entre elles sont des conditions nécessaires à l'apprentissage collectif et à la production des idées innovatrices.

En adaptant à notre propos les considérations de Lyotard (1983) sur la fonction du « différend », on peut en effet émettre l'hypothèse que les couplages qui se forment entre des actes de discours appartenant à différents jeux de langage favorisent de nouvelles combinaisons de sens qui n'étaient pas au départ intégralement comprises dans l'un ou l'autre des jeux de langage couplés. La nouveauté émerge de la tension entre eux et non de la domination exercée par un jeu de langage particulier. Dans la même veine, Bourgeault remarque que « le terreau de l'innovation [est celui où] les conflits sous-jacents ne sont pas éludés, mais reconnus et assumés » (Bourgeault, 2004 : 17).

Le président de la Commission n'a pas souhaité, du haut de la hiérarchie, édicter les règles de fonctionnement et enjoindre les membres à s'y conformer. Il n'a pas voulu déterminer unilatéralement non plus le type de variétés que la Commission allait devoir rendre accessibles aux décideurs politiques et juridiques. Il a préféré favoriser un système de *concertation* dans le cadre duquel des tensions allaient être inhérentes au fait que chacun des membres serait appelé à engager sa subjectivité tant sur le plan de la réflexion que sur le plan de la décision. Ces conditions étaient définies comme les conditions préalables à un éventuel consensus.

I do feel strongly that we should all put down on paper as briefly as possible whatever conclusions we may have arrived at individually, what reservation or doubts we are still entertaining, and whether or not

our mind may be changed by further discussion and argumentation (Roger Ouimet, président)¹³¹.

I beg to suggest that every member make an assessment of his or her own positions with regards to as many terms of reference as possible at this stage of our work. I have the impression that [...] we have been shy, especially during the last few meetings, to give vent to our own feelings and convictions which would have permitted the Committee as a whole to visualize possibilities as to a formal consensus. Otherwise, I fail to see how there ever will be a « meeting of the minds » (Roger Ouimet, président)¹³².

Ainsi, au lieu de forcer le consensus et d'enrôler les membres dans la mise en oeuvre d'un programme *déjà construit*—comme c'est généralement le cas lorsqu'on se fait membre d'un parti politique établi—la démarche du président offrait à chacun des membres l'opportunité de participer activement à la définition d'un projet à *construire*.

Le système de concertation privilégié par le président était sans aucun doute plus favorable à l'innovation que ne l'aurait été une situation où un seul individu, hiérarchiquement plus élevé, dicterait pour les autres, hiérarchiquement inférieurs, comment penser et décider. Mais en même temps, d'un point de vue strictement managérial, du point de vue de l'*efficacité* organisationnelle et de la gestion de la complexité, un *processus de réflexion* qui encourage le « différend » risquait de rendre le *processus décisionnel* plus laborieux. À l'heure de devoir prendre une décision, l'extrait suivant montre la nature du problème qu'ont rencontré les membres de la Commission :

¹³¹ Memorandum from the Chairman to the Committee members, the assistant secretary and the research associate (Strictly confidential), 27 et 28 décembre 1967, 12 pages. Volume 17 Dossier: Chairman- Notes and Observations (No. 1) - To December 31, 1967.

¹³² Ibid.

It is felt that our Committee has now reached its hour of decision. On some questions, I believe that we have attained a point of no return. At least, I hope so. But, on the whole, it will be necessary to reach a consensus unless we are to bring down a majority of dissenting opinions! (Roger Ouimet, président).¹³³

L'heure de la décision devient d'autant plus laborieuse dès lors qu'on augmente le nombre de personnes pouvant y prendre part. Dans ce qui suit, le président de la Commission et ses membres ont tenu à impliquer leurs collègues consultants dans les décisions relatives à la définition du rôle des consultants dans les travaux de la Commission.

- Roger Ouimet, président : We are here to get your opinion on the ways of how to proceed.
- Marguerite Choquette, consultante, juge: What has not been decided is the duties of the Advisory Committee itself.
- Roger Ouimet, président : According to you what are these functions... Your opinion?
- Marguerite Choquette, consultante, juge : My opinion? Of course, I would be glad to take on the job that I am given, but your Committee should first of all propose.
- Roger Ouimet, président : Do you believe that we should do this, do you think that we should act differently? This is what we [the members of the Committee] have come to ask you?
- Marguerite Choquette, consultante, juge: ...
- Roger Ouimet, président : We want you to give your opinion.
- Marguerite Choquette, consultante, juge: I thought it had been established by your Committee?
- Roger Ouimet, président : No, not at all. We work in a very general democratic way. We have consultants and we consult them¹³⁴.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Réunion sténographiée avec les consultants - version anglaise, 12 janvier 1966, 199 pages. Volume 2, page 167-171.

L'extrait montre bien comment la formule de concertation adoptée peut s'avérer exigeante et rendre la prise de décisions beaucoup compliquée qu'elle ne l'aurait été dans la formule d'un simple « voici, voilà, merci, bonne fin de journée »!

Considérant l'étendue du mandat de la Commission et la complexité des questions soulevées; considérant aussi qu'était appelée à réfléchir et à décider sur ces questions une pluralité d'individus issus de différents milieux professionnels et susceptibles de diverger dans la manière de concevoir le monde; considérant finalement que ces mêmes individus se retrouvaient confrontés—rappelons-le—à un environnement proposant lui-même une pluralité d'idées et de points de vue souvent irréconciliables entre eux : il est entendu que, dans un tel contexte, la généralisation de la démarche de concertation allait alourdir considérablement le fonctionnement de l'organisation au point de rendre l'aboutissement même du projet une réalisation fort improbable, voire carrément impossible. L'objectif était, en effet, de produire un seul et même rapport et non pas autant de rapports qu'il y avait d'individus impliqués. En ce sens, s'il a pu y avoir, au départ, des individus, des subjectivités hétérogènes, des points de vue qui s'entrechoquaient, il fallait créer dans le fonctionnement même de la Commission les conditions qui allaient permettre, à la fin, un seul et même discours, un seul et même rapport et un seul et même locuteur : le « nous » de la Commission.

Bien que le président n'ait pas voulu résoudre le problème en instaurant une discipline autoritaire semblable à celle qui caractérise la prise de décisions dans le cadre des organisations politiques classiques, il reconnaît qu'un « juste milieu » allait devoir être institué :

I understand that a group such as ours may not be expected to adhere as formally to a set of rules as the House of Parliament. But there should be a happy medium (Roger Ouimet, président)¹³⁵.

Ce qui aura finalement permis à la Commission d'éviter l'impasse, c'est l'institutionnalisation de deux méthodes distinctes de fonctionnement : une méthode ayant trait à la gestion de la réflexion, l'autre étant plus spécifiquement reliée à la prise de décisions.

Sur le plan de la réflexion, la Commission restera ouverte aux suggestions des consultants. Ceux-ci vont demeurer des acteurs forts impliqués dans les échanges, les discussions et leurs commentaires et suggestions seront toujours bienvenus.

Sur le plan de la décision, la Commission va par contre circonscrire davantage ses frontières opérationnelles et exclure la participation des consultants du processus décisionnel : seuls les membres de la Commission pourront ultimement prendre part aux décisions.

En repositionnant ainsi les consultants dans l'environnement de son organisation, la Commission réduisait la complexité décisionnelle tout en préservant l'avantage que représentaient les contributions des consultants sur le plan de la réflexion. Dans l'environnement, ceux-ci pourront continuer de provoquer des débats, de produire des tensions entre les différents « jeux de langage » (Lyotard, 1983) et participer ainsi à l'émergence des idées innovatrices. Mais ce rôle que la Commission attribue finalement aux consultants trace en même temps les limites de leur participation.

¹³⁵ Juge Ouimet, Memorandum from the Chairman to the Committee members, the assistant secretary and the research associate (Strictly confidential), 27 et 28 décembre 1967, 12 pages. Volume 17 Dossier: Chairman- Notes and Observations (No. 1) - To December 31, 1967.

As the Chairman pointed out, of course, some clash of opinion would be inevitable. If there is a clash, the Committee will have to decide what the ultimate recommendations are going to be (Arthur Martin, vice président)¹³⁶.

Les consultants ne produiront donc plus que des « dérangements » (irritations) auxquels les membres pourront réagir en décidant eux-mêmes de quelle manière ils y réagiront—s'ils décident d'y réagir (Luhmann, 2001).

On peut dire en définitive que le « juste milieu » adopté incluait autant qu'il excluait les consultants du fonctionnement de la commission : leur inclusion et leur exclusion étant déterminées à travers le fonctionnement même de l'organisation, c'est-à-dire par les types d'opérations en fonction desquels l'organisation « décide » d'établir ici plutôt que là les frontières qui la distinguent de son environnement¹³⁷.

Tout en étant exclus du processus décisionnel, leur inclusion sur le plan de la réflexion aura globalement permis aux consultants de jouer un rôle important dans le projet. Par leurs commentaires et leurs suggestions, ils auront apporté plusieurs contributions qui seront de fait sélectionnées par les membres de la Commission et honorées dans la mise en oeuvre des recommandations constitutives du rapport final.

¹³⁶ Réunion sténographiée avec les consultants - version anglaise), 12 janvier 1966, 199 pages. Volume 2, p. 110.

¹³⁷ Ces considérations permettent de rejoindre la conceptualisation des frontières organisationnelles dans la théorie des systèmes : les frontières qui séparent le système de son environnement ne sont pas matérielles, elles ne sont pas fondées sur l'acteur, mais bien sur la communication, sur les opérations du système. Ce sont les opérations qui déterminent les contours de la distinction entre inclusion et exclusion et ces contours peuvent varier non seulement dans le temps et dans l'espace, mais aussi en fonction des types d'opérations.

It was agreed that the meeting with the Consultants had been an excellent one. The general support expressed by the Consultants for the draft Report was most gratifying. Suggestions made by the Consultants during the meeting on January 20 and 21, 1969, were reviewed. Many will be incorporated in the Report (Commission Ouimet, 28 Janvier 1969)¹³⁸.

Le processus décisionnel adopté par les membres de la Commission—et qui leur a, entre autres, permis ici de décider sur la pertinence d'inclure ou d'exclure certaines contributions des consultants—était soumis à un petit nombre de règles relativement simples : « All major issues shall be subject to a vote and the majority rule shall prevail. The Chairman will have a casting vote in case of a tie » (Commission Ouimet, 16 août 1966)¹³⁹.

Le « juste milieu » ne cessait donc pas d'être démocratique, il continuait de l'être pour ceux et celles qui étaient appelés (les membres) à participer à la prise de décisions. Par ailleurs, dans l'éventualité où sur une question spécifique seraient venus à s'opposer autant de points de vue qu'il y avait de participants, le président pouvait trancher et garantir l'actualisation d'un consensus.

En résumant les propos tenus dans cette toute dernière section de l'analyse, on peut dire que l'idéal de la concertation se heurte aux contraintes de la prise de décisions imposées par la dimension temporelle. On peut dire en même temps que ce « juste milieu » entre la concertation générale et l'instruction autoritaire permettait aussi de conserver sur le plan de la réflexion les avantages que représentaient pour l'émergence des idées innovatrices la libre expression des points de vue individuels et leur confrontation avec l'éventail des possibilités offertes par

¹³⁸ Sixty-second Meeting, January 28 and 29 1969, Volume 3. Dossier - General Minutes of Committee Meetings.

¹³⁹ Canadian Committee on Correction: Rules of procedure for committee meetings, 16 Août, 1966, p.2 et 3. dans Volume 1, Cartable noir intitulé « Office, Orders in Council, agendas, minutes of meetings (to 1966) ».

l'environnement; un environnement qui, à cet égard, demeurerait en matière de justice pénale encore et toujours plus complexe et plus riche que ce que ne pouvaient laisser entrevoir les possibilités sélectionnées par les membres de la Commission Ouimet.

Les points suivants nous permettent de résumer l'ensemble des propos tenus depuis le début de cette analyse et de les généraliser.

- La modernité et la positivisation d'un droit qui se construit par des décisions créent la possibilité que des déconstructions et des reconstructions nouvelles puissent à tout moment s'actualiser et favoriser l'évolution du droit;
- La seconde modernité et la réflexivité du droit sur le droit favorisent la mise sur pied des commissions de réforme instituées pour trouver des solutions nouvelles aux problèmes plus fondamentaux du droit;
- Ces commissions de réforme peuvent bénéficier des ressources nécessaires pour *s'étendre largement dans l'empirie*, pour consulter les experts et prendre contact avec des savoirs « sérieux » ou plus spécialisés. Ces conditions de fonctionnement sont importantes pour l'innovation. Sur certaines questions plus délicates ou plus complexes, les commissions de réforme seront généralement mieux nourries cognitivement que ne peuvent l'être les organisations « classiques » de l'État;
- Une commission de réforme instituée en outre sa propre temporalité à l'intérieur de laquelle les vues peuvent davantage rendre compte de la complexité des problèmes du droit. À cet égard, elle représente

une ressource avantageuse pour les organisations politiques souvent pressées par l'obligation de prendre une décision et de produire des résultats dans l'immédiat;

- Contrairement aux organisations politiques classiques de l'État, les commissions de réforme du droit peuvent encourager les déviations individuelles sur le plan de la réflexion. Elles ne sont pas tenues de les discipliner dans la cohésion forcée, au contraire, elles peuvent trouver dans les tensions cognitives produites par des points de vue qui s'entrechoquent, un terreau fertile pour une pensée collective innovatrice.

3.8 Conclusion

De façon générale et en tirant profit des considérations relatives au fonctionnement de la Commission Ouimet tant sur le plan de la sélection des recherches existantes (3.6.1) que sur celui ayant trait à la production des recherches complémentaires (3.6.2), on peut dire, en somme, que la stratégie adoptée par la Commission permettait une large étendue dans l'empirie et, à travers elle, la rencontre des membres avec une pluralité de points de vue.

À cet égard, la Commission Ouimet a en effet dépassé les limites de ce qui aurait été possible de faire dans la temporalité parlementaire usuelle. Les organisations « classiques » de l'État (le Cabinet, le Parlement) sont généralement contraintes de travailler dans une temporalité accélérée par les obligations d'un agenda politique les pressant de devoir répondre immédiatement à plusieurs problèmes de nature extrêmement diverse. Ces organisations ont alors tendance à développer des solutions (politiques publiques) plus expéditives, sans toujours avoir

pu, au préalable, prendre le temps de définir rigoureusement les problèmes. En matière de justice pénale, le résultat est souvent la reconduction des mêmes idées et, à travers elles, des mêmes problèmes. Dans ces organisations classiques de l'État, le temps se présente donc comme un obstacle à l'émergence des idées innovatrices. Dans les commissions de réforme, le temps se présente plutôt comme une condition d'opération pouvant favoriser l'innovation.

La Commission Ouimet a pour sa part pu bénéficier, comme nous venons de le voir, d'une marge de manoeuvre considérable. Elle n'était pas assujettie aux mêmes contraintes de temps ni aux mêmes obligations qui l'auraient enjointe de produire des résultats dans l'immédiat. Elle a pu au contraire fonctionner comme une « capsule » à l'intérieur de laquelle elle avait la possibilité de créer par et pour elle-même sa propre temporalité (Koselleck, 1990), de « décélérer » le temps au profit d'une analyse plus rigoureuse des problèmes rencontrés. La réflexion pouvait alors s'offrir le luxe d'aller plus loin dans son rapport à l'empirie. Sur des problèmes empiriques concrets, libérée de devoir produire des résultats immédiats, la Commission Ouimet pouvait en d'autres termes redéfinir la « vitesse » du temps et, à l'intérieur de sa propre temporalité, se permettre une vue plus complexe¹⁴⁰.

Par ailleurs, dans une société moderne où l'information et le savoir se spécialisent et se densifient à un rythme effréné, « le Parlement est peut-être sage, mais pas nécessairement expert » souligne à juste titre la *Commission de réforme du droit du Canada* (C.R.D.C., 1977). Sur des questions complexes, comme celles qui concernent la réforme du droit criminel, il devient souvent plus utile de consulter judicieusement, de se laisser conseiller plutôt que d'aspérer à l'autodidaxie. Ainsi, le Parlement moderne est « sage » lorsqu'il abandonne l'idéal de l'omniscience et admet, lorsqu'il ne sait pas, qu'il ne sait pas, qu'il n'est pas « expert ». Il peut ainsi

¹⁴⁰ On peut comparer avec Luhmann (1984 : 300).

créer des ressources qui pourront produire des connaissances « sérieuses » et l'aider à prendre des décisions politiques plus éclairées. Les commissions de réforme font partie des ressources disponibles. Si elles ne sont pas elles-mêmes détentrices des connaissances que requiert l'examen d'un problème spécifique, elles peuvent alors s'étendre plus loin dans l'empirie et produire ce qu'elles jugent nécessaire.

Certes, en définitive, le Parlement peut ou non adopter les critères du jugement de la connaissance pour décider. S'il adopte au contraire le critère de l'opinion publique, il lui sera plus difficile de soutenir, dans le processus législatif, les innovations des commissions de réforme.

Cette décision revient donc au politique et non à la commission de réforme. En adaptant les remarques d'Ahlemeyer à notre propos, la fonction des commissions de réforme du droit n'est pas « de contrôler la complexité, mais plutôt de la rendre accessible à la hiérarchie » (Ahlemeyer, 2002 : 67). La mise en oeuvre des recommandations formulées dans le cadre d'une commission de réforme n'est pas une décision qui lui appartient; cette décision ne dépend pas des commissions ni d'ailleurs de la qualité des recommandations suggérées : « il n'y a pas », nous dit Alter, « de relation directe entre la qualité intrinsèque d'une [idée innovatrice] et l'importance de sa diffusion » (Alter, 2005 :13). En ce sens, on peut dire que la mise en oeuvre des recommandations de la Commission Ouimet dépendra non pas de la Commission elle-même ni de la qualité de ses recommandations, mais bien de la réception de ses recommandations tant dans le politique (le Parlement et la population canadienne en générale) que dans le juridique (tribunaux et doctrine).

Ici, la qualité intrinsèque des idées innovatrices revient à la Commission Ouimet et nous verrons dans le dernier chapitre de l'analyse qu'elle a su profiter, de fait, du temps et de la connaissance pour élaborer des recommandations permettant de véritablement innover en matière de justice pénale et d'éviter—du moins en partie—

que son projet de réforme reconduise, lui aussi, les problèmes auxquels le droit criminel était confronté. Mais avant d'entrer dans le discours de la Commission Ouimet, voyons d'abord dans le deuxième chapitre analytique la configuration cognitive de son environnement.

CHAPITRE IV

SOUFFRANCE, EXCLUSION SOCIALE ET SANCTIONS ALTERNATIVES : LA VARIÉTÉ NON JURIDIQUE DE L'ENVIRONNEMENT

4.1 Introduction

Dans le premier chapitre de l'analyse, nous nous sommes intéressé au fonctionnement de la Commission Ouimet et à la manière dont l'organisation s'était cognitivement ouverte sur son environnement. Ici, dans ce deuxième chapitre, nous nous intéresserons aux idées qu'elle a pu rencontrer dans cet environnement, c'est-à-dire à la manière dont ses interlocuteurs ont pu concevoir eux-mêmes la nécessité de modifier ou de reconduire les principes et objets fondamentaux du droit criminel moderne et de valoriser ou non des sanctions alternatives. Ces questions, rappelons-le, ont été définies comme « névralgiques » sur le plan de l'évolution du droit criminel moderne¹⁴¹.

Pour conduire cette analyse, nous allons essentiellement travailler à partir des fiches « locuteurs » et donc à partir des énoncés que nous avons pu extraire des documents rédigés *pour* la Commission Ouimet¹⁴². Toutefois, ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, ce n'est pas tant le locuteur en tant que tel, mais bien les idées qu'il a véhiculées et de savoir dans quelle mesure celles-ci ont pu

¹⁴¹ Voir chapitre théorique, pages 26 et 27.

¹⁴² Voir chapitre méthodologique, page 92.

favoriser ou au contraire faire obstacle à l'émergence d'un système de pensée détaché de ce qui a été usuellement valorisé par la rationalité pénale moderne.

Pour éviter les répétitions dans le texte et limiter notre propre redondance, nous nous sommes donné comme principe de poursuivre l'analyse des idées jusqu'à saturation, c'est-à-dire jusqu'au point où aucune idée nouvelle ne serait susceptible d'émerger au-delà de celles que nous aurons analysées. En d'autres termes, l'analyse prendra fin lorsque les idées auront cessé de produire de la nouveauté les unes par rapport aux autres. On ne doit donc pas s'attendre à ce que tous les locuteurs soient couverts : certains seront exclus et cette exclusion se justifiera sur la base du fait que la référence à ces interlocuteurs n'aurait apporté aucune idée nouvelle qui n'aurait pas déjà été communiquée par les interlocuteurs que nous aurons couverts.

Nous avons accordé la priorité aux interlocuteurs des systèmes politique et juridique¹⁴³. Les communications qui traversent ces systèmes sont particulièrement importantes parce qu'elles sont théoriquement considérées comme étant les plus susceptibles d'irriter les mécanismes politiques de la création de la loi et les mécanismes juridiques de la détermination du droit. Dans ces systèmes, nous avons par ailleurs privilégié ce qu'on peut appeler, avec Callon, les « ...entités convoquées par la problématisation... » (Callon, 1986 : 185); c'est-à-dire, ici, les interlocuteurs particulièrement versés dans les questions d'étude ou pouvant être directement concernés—notamment sur le plan professionnel—par les éventuels changements qui pourraient découler des travaux de la Commission. Dans le politique, on vise évidemment la Police, le Correctionnel, mais aussi le Communautaire : les organisations communautaires qui ont été les plus actives dans les travaux de la

¹⁴³ On peut ici se référer au tableau de classification des interlocuteurs que nous avons présenté dans le chapitre méthodologique, page 115.

Commission Ouimet sont des organisations qui ont traditionnellement placé au centre de leurs activités et de leurs préoccupations le sort des détenus ou ex-détenus (Société John Howard, la Société Elizabeth Fry, etc.). Dans le juridique, on vise les professionnels du droit et les juristes.

4.2 Les points de vue dans l'univers politique

4.2.1 La Police

Avant de considérer plus spécifiquement les sanctions privilégiées par la Police en matière de droit criminel, considérons d'abord les appuis théoriques ou les principes fondamentaux qui orientent le choix des sanctions admises¹⁴⁴.

Dans notre corpus de données, d'entrée de jeu la Police—en tant que système d'organisation—se positionne de façon critique par rapport à la théorie de la rétribution. Elle voit dans cette théorie de la décision une perspective essentiellement fondée sur l'idée de vengeance. Elle considère qu'un tel idéal de justice relève d'un état de société révolu, que les sociétés modernes ont institué un système de valeurs qui ne peut être réconcilié avec l'obligation de punir pour punir. La Police recommande d'abandonner ces structures cognitives. Ici, c'est vers la réhabilitation que le discours semble ultimement vouloir s'orienter.

Turning to the philosophy of the correctional process, logically the ultimate aim must be the rehabilitation of the offender. To hold otherwise would be a retrogression to the ideology of vengeance and

¹⁴⁴ Toute l'analyse est fondée sur l'hypothèse qu'il existe en effet un lien étroit entre les fondements décisionnels privilégiés par le locuteur et la détermination des types de sanctions privilégiés.

retribution practiced by primitive societies (Gendarmerie Royale du Canada)¹⁴⁵.

La Police considère cependant que la société canadienne n'est pas prête à admettre la réhabilitation comme seul et unique facteur décisionnel. Elle soutient qu'indépendamment des doutes qu'ont pu soulever les savoirs criminologiques, la société canadienne accorde encore une place importante à la dissuasion. Pour la Police, cet attachement collectif à la théorie de la dissuasion est en soi suffisant pour justifier le maintien et la valorisation de la dissuasion comme un principe fondamental dans la détermination de la peine.

It is not considered that our culture has yet reached the stage where rehabilitation can be the sole factor. The concept of deterrence to society as a whole is also important. [...] A renowned judge once said that the first requirement of a sound body of law is that it should correspond with the actual feelings and demands of the community, whether right or wrong¹⁴⁶. [...] There must be provision for penalties which will have deterrent effect on the offender and society at large [...] Regardless of what concepts may evolve in the field of criminology, the basic purpose of law should remain constant (Gendarmerie Royale du Canada)¹⁴⁷.

Pour déterminer la sentence, le droit criminel devra ainsi admettre trois facteurs décisionnels fondamentaux : la dissuasion spécifique de l'individu reconnu

¹⁴⁵ The Royal Canadian Mounted Police, Brief to the Canadian Committee on Corrections, 33 pages, Volume 4. Dossier: Spare Copies - Royal Canadian Mounted Police.

¹⁴⁶ La Gendarmerie Royale du Canada cite ici les propos du Juge Oliver Wendell Holmes Jr. (1881), *The Common Law*, London: MacMillan and Co. Le juge Holmes a siégé à la Cour Suprême des États-Unis entre 1902 et 1932. Il n'est pas inintéressant de noter ici qu'Oliver Wendell Homes est aussi l'un des précurseurs du « legal realism » américain : perspective anti-formaliste, empiriquement orientée, partant du principe que parce que les lois sont fabriquées par des êtres humains, elles peuvent être imparfaites et dès lors sujettes à révision.

¹⁴⁷ The Royal Canadian Mounted Police, Brief to the Canadian Committee on Corrections, 33 pages, Volume 4. Dossier: Spare Copies - Royal Canadian Mounted Police.

coupable, la dissuasion générale des individus susceptibles d'être tentés par le passage à l'acte et la réhabilitation de l'individu sanctionné.

The objective should be to deter the individual and others from committing the particular type of crime in which the individual is involved, and should contain within that broad approach corrective measure with a view to rehabilitation (Associations des Chefs de police)¹⁴⁸.

Ici, la réhabilitation se présente comme un objectif particulier dans l'objectif général de la dissuasion. La sanction devrait dès lors pouvoir favoriser, sur un premier plan, l'objectif général de la dissuasion et, sur un second plan, l'objectif particulier de la réhabilitation. On peut toutefois ici se poser la question de savoir si les perspectives de la dissuasion et de la réhabilitation peuvent ainsi se réconcilier sur le plan discursif. Est-il possible d'inscrire ces deux perspectives dans un seul et même système de pensée tout en restant cohérent sur le plan argumentatif ou cognitif?

Il y a certainement des points de convergence entre la théorie de la dissuasion et la théorie de la réhabilitation, mais il existe en même temps des points de divergence fort importants.

Au niveau d'un premier point de convergence, les théories de la réhabilitation et de la dissuasion se définissent l'une et l'autre comme *des théories utilitaires, tournées vers l'avenir* (Foucault, 1975 : 150). On ne veut pas, comme le voulait la théorie de la rétribution, revenir symboliquement dans le passé et sanctionner un coupable pour « annuler » symboliquement, *ex post facto*, l'injustice commise. On veut plutôt garantir l'avenir, c'est-à-dire faire en sorte, soit qu'un crime

¹⁴⁸ The Canadian Association of Chiefs of Police, Brief to the Canadian Committee on Corrections, 14 pages, Volume 4. Dossier: Spare Briefs - The Canadian Association of Chiefs of Police.

commis ne soit pas répété (réhabilitation et dissuasion spécifique), soit qu'il ne soit jamais commis (dissuasion générale).

Au niveau d'un deuxième point de convergence, si on met provisoirement de côté la *théorie de la réhabilitation de la deuxième modernité*—moins carcérale et plus inclusive que la *théorie de la réhabilitation de la première modernité*¹⁴⁹—on peut dire aussi qu'autant la théorie de la réhabilitation que la théorie de la dissuasion ont—à un moment donné—insisté sur l'obligation de s'emparer du corps de l'individu pour l'exclure socialement. Autant la théorie de la dissuasion que la théorie de la réhabilitation de la première modernité ont en effet participé d'un système de pensée favorisant le recours à l'incarcération.

Ces deux points de convergence sont importants, mais ils nous paraissent en même temps insuffisants pour réconcilier complètement dissuasion et réhabilitation. Des points de divergence sont tout aussi importants et ne permettent pour leur part, entre ces deux perspectives, aucune réconciliation.

L'un des plus importants points de divergence concerne la manière dont ces deux théories vont respectivement se positionner par rapport à la dimension afflictive de la sanction et l'idéal de la souffrance.

Pour la théorie de la dissuasion, si la sanction criminelle doit s'emparer du corps de l'individu, c'est pour distribuer un mal; un mal susceptible de représenter un désagrément suffisamment déterminant pour faire obstacle au passage à l'acte. La souffrance permettrait ainsi de « (re)configurer » les consciences individuelles de sorte que les représentations associées aux désagréments de la sanction puissent supplanter les représentations associées aux plaisirs et bénéfices du crime (Foucault,

¹⁴⁹ Voir à cet égard les distinctions du chapitre théorique, pages 55 à 57.

1975 : 151). Les représentations associées à la souffrance punitive peuvent, selon la théorie de la dissuasion, intervenir de façon déterminante dans les processus décisionnels et empêcher l'individu de transgresser les normes de comportement du droit criminel.

Pour la théorie de la réhabilitation, si la sanction criminelle doit s'emparer du corps de l'individu, ce n'est pas pour le punir, mais bien pour le discipliner, le corriger (Foucault, 1975 : 162). La nuance est importante, car contrairement à la théorie de la dissuasion, la théorie de la réhabilitation ne sera pas téléologiquement orientée par la nécessité de produire de la souffrance; ce qui l'oriente, c'est le développement de la personne, c'est de lui permettre d'apprendre des « savoirs-être » et des « savoirs-faire » susceptibles de favoriser son intégration dans la société et de la rendre apte à se conformer aux attentes normatives du droit criminel. Ici, la souffrance certes existe, mais elle existe comme une conséquence collatérale reliée à la coercition du pouvoir institutionnel : elle n'est considérée ni souhaitable ni utile à l'apprentissage ni favorable à la réhabilitation de l'individu¹⁵⁰. La souffrance n'est ni une fin en soi ni un moyen à privilégier.

¹⁵⁰ Pour la théorie de la réhabilitation de la *première modernité*, cette « resocialisation » de l'individu allait impliquer qu'il soit « entièrement enveloppé dans le pouvoir qui s'exerce sur lui » (Foucault, 1975 : 153), entièrement assujéti aux exigences normalisatrices du pouvoir institutionnel. Une forme de coercition était donc inévitable et pouvait en soi provoquer des souffrances individuelles importantes. L'individu qui perçoit la cocercition comme un moyen visant à le faire souffrir tend à concevoir les possibilités d'apprentissage qui lui sont offertes comme des peines dans la peine, c'est-à-dire comme des sanctions administratives que le correctionnel ajoute à la sanction juridique. La théorie va d'ailleurs vouloir prévenir ces dérapages et tenter d'atténuer l'aspect coercitif de l'intervention en insistant notamment sur le fait que la participation aux programmes de réhabilitation doit se faire sur une base volontaire. Dans la seconde moitié du XX^e siècle, la théorie de la réhabilitation de la *seconde modernité* va se pencher sur le même problème et privilégier l'intervention en milieu ouvert : l'intervention en milieu ouvert devait ainsi permettre de prévenir non seulement les coûts sociaux et économiques attribuables à l'incarcération, mais elle devait en outre permettre d'atténuer davantage le degré de coercition et les souffrances qui y étaient associés. C'est donc bel et bien parce que la théorie de la réhabilitation n'était pas déterminée par l'obligation de faire souffrir qu'elle a pu se positionner de façon critique par rapport à la souffrance carcérale et privilégier ainsi des mesures alternatives moins coercitives et moins afflictives.

La Police est tout à fait consciente du problème que pose, sur ce plan, la réconciliation de la dissuasion et de la réhabilitation. Elle aura toutefois tendance à hiérarchiser les niveaux : la dissuasion d'abord, et dans le cadre de la dissuasion, la réhabilitation ensuite. Pour elle, la punition qui vise à dissuader viserait aussi, sur un second plan, à réhabiliter. Tout se présente alors comme si l'individu qui aura été dissuadé par la sanction, qui aura souffert au point de se conformer par crainte de faire l'objet d'un châtement, peut dès lors être considéré réhabilité. Pour la Police, le conflit qui oppose ces deux perspectives est en ce sens illusoire : la punition qui punit est à la fois dissuasive, à la fois « thérapeutique ».

Plus souvent qu'autrement, le conflit est illusoire car on remarque que très souvent, la punition ou le châtement est le meilleur traitement pour certains individus et qu'inversement, le traitement peut devenir une punition (Service de Police de Montréal)¹⁵¹.

To provide a deterrent [effect] there must still be a connotation of punishment within the sanction imposed during the correctional process. Unpopular as the term "punishment" may be, it must still be accepted that the right kind of punishment can and does have a therapeutic effect (Gendarmerie Royale du Canada)¹⁵².

Cette réconciliation est en fait une « absorption ». La théorie de la réhabilitation disparaît dans la théorie de la dissuasion qui l'absorbe; la réhabilitation devient alors un effet attendu de la dissuasion et n'est plus une manière autonome de penser l'intervention. Le conflit n'est donc pas illusoire, du moins, pas du point de vue des implications théoriques qu'il peut représenter pour l'objet de cette recherche. En insistant sur la dimension traitement et en considérant la dimension punitive comme un facteur non important dans la détermination de la sentence, la théorie de la

¹⁵¹ Service de Police de Montréal, Mémoire au Comité Canadien de la Réforme Pénale et Correctionnelle. Mars, 1967, 34 pages, Volume 7. Dossier: Briefs - Police Department.

¹⁵² The Royal Canadian Mounted Police, Brief to the Canadian Committee on Corrections, 33 pages, Volume 4. Dossier: Spare Copies - Royal Canadian Mounted Police.

réhabilitation renverse non seulement l'ordre des priorités, mais elle peut par ailleurs admettre des sanctions non afflictives que la théorie de la dissuasion n'admettra pas en matière de droit criminel. En insistant sur la dimension punitive, la théorie de la dissuasion redoute en effet les sanctions non afflictives.

Dans la logique interne de la théorie de la dissuasion, lorsqu'une sanction afflictive particulière ne peut produire les effets de dissuasion escomptés, la solution n'est alors ni de remettre en cause la théorie ni de proposer des sanctions alternatives non afflictives. La solution se définit plutôt dans la théorie elle-même. Lorsque la peine ne dissuade pas comme elle aurait dû le faire, c'est soit qu'elle n'est pas suffisamment sévère, soit qu'elle n'est pas suffisamment certaine ou expéditive, soit encore que l'individu n'est pas « rationnel » et que son comportement n'est pas conditionné par un calcul coûts/bénéfices. La théorie de la dissuasion proposera alors elle-même soit d'augmenter la sévérité de la sentence, c'est-à-dire son degré d'affliction, soit d'augmenter sa certitude ou sa célérité—cette sentence plus certaine ou plus expéditive devra demeurer fondamentalement afflictive—soit encore de considérer l'individu comme anormal, non rationnel, non « dissuadable ». Dans tous les cas, la théorie de la dissuasion se reconduit intégralement et neutralise toute critique susceptible de la remettre en question. Il sera dès lors difficile, pour une pensée ayant ainsi fait allégeance à la théorie de la dissuasion, de se libérer de ses conditionnements cognitifs pour valoriser des sanctions alternatives. La pression qu'exerce sur elle la théorie de la dissuasion aura plutôt tendance à bafouer la portée critique de sa créativité.

Considérant, comme le suggère ici notre empirie, que le point de vue de la Police est essentiellement ancré dans les trames discursives de la théorie de la dissuasion et que la théorie de la réhabilitation n'apparaît que de façon accessoire et souvent dans une forme altérée qui en modifie considérablement le sens, peut-on encore envisager la participation de la Police (en tant qu'organisation) à une pensée

de réforme susceptible de valoriser des sanctions alternatives en matière de droit criminel? Se laissera-t-elle enfermer dans les cachots conceptuels de la théorie de la dissuasion ou trouvera-t-elle quelque part le moyen de s'en libérer pour valoriser autre chose que l'affliction et l'exclusion sociale? Retenons ces questions et avançons dans l'analyse du discours.

Sur le plan des sanctions alternatives, la créativité de la Commission Ouimet avait devancé celle de ses interlocuteurs. Au moment de solliciter les mémoires, la Commission avait joint à sa demande un questionnaire dans lequel elle invitait ses interlocuteurs à émettre une opinion sur l'admissibilité de deux sanctions : la libération absolue avec condition et la libération absolue sans condition.

La libération absolue *avec condition* se présente en quelque sorte comme l'équivalent d'une ordonnance de probation, mais contrairement à la probation, elle ne formalise aucun antécédent judiciaire. Dans la langue de Shakespeare, on s'y réfère par les expressions « *conditional suspended sentence* » ou encore « *probation without conviction* ». La Commission Ouimet définit cette sanction de la manière suivante :

Une décision du tribunal par laquelle, bien qu'il ait la preuve de la culpabilité, il reconnaît que, étant donné les circonstances, notamment la nature de l'accusation et la personnalité de l'accusé, il ne convient pas d'enregistrer une déclaration de culpabilité à ce moment-là, mais qu'il convient de libérer l'accusé à condition qu'il ne trouble pas l'ordre public et se conduise bien, qu'il accepte une surveillance sous le régime de la probation, si cette condition est imposée par le tribunal, et qu'il se présente au tribunal, le cas échéant, lorsqu'on lui demande de le faire (Rapport Ouimet, 1969 : 210).

Quant à la libération absolue *sans condition*—en anglais « *unconditional suspended sentence* »—sur le plan des antécédents judiciaires, elle comprendra les mêmes avantages que la libération absolue avec condition, mais elle ira plus loin.

Comme son appellation l'indique, elle n'impliquera aucune condition et se voudra ainsi avoir « le même effet que l'acquittement » (Rapport Ouimet, 1969 : 210). La Commission la définit comme suit :

Une décision du tribunal par laquelle, bien qu'il ait la preuve de la culpabilité, il reconnaît que, compte tenu des circonstances, notamment de l'accusation et la personnalité de l'accusé, il ne convient pas d'enregistrer une déclaration de culpabilité ni d'infliger une peine ou de rendre une ordonnance de probation (Rapport Ouimet, 1969 : 209-210).

À ces deux sanctions alternatives, la Police s'oppose catégoriquement : « an unconditional suspended sentence is without purpose. It tantamount to absolute discharge and to this we are definitely opposed. We cannot see probation without conviction » (Association canadienne des Chefs de Police). Pourquoi cette résistance?

En introduisant ces deux sanctions alternatives dans l'espace des possibilités admises en matière de droit criminel, la Commission voulait permettre aux juges d'éviter le recours à l'incarcération, mais elle y voyait également le moyen de limiter « les conséquences néfastes de l'existence d'antécédents judiciaires » (Rapport Ouimet, 1969 : 209).

À première vue, considérant l'importance que la Police a traditionnellement accordée au maintien des casiers judiciaires, on aurait pu ainsi s'attendre à ce que le principal problème soit relié au fait qu'aucune de ces sanctions n'impliquait l'enregistrement formel de la culpabilité de l'individu. La Police était par ailleurs en désaccord avec les allégations de la Commission Ouimet quant à l'obstacle que pouvait représenter le casier judiciaire pour la réintégration sociale de

l'individu : selon elle, « the existence of a criminal record does not restrict the reformation of a criminal » (Association canadienne des Chefs de Police)¹⁵³.

Le casier judiciaire ne sera pourtant pas l'argument de résistance de la Police. L'argument central prendra plutôt force dans les trames discursives de la théorie de la dissuasion. La Police considère que les libérations absolues, avec ou sans condition, viennent faire entrave au principe fondamental de la certitude de la peine¹⁵⁴.

The over-riding cardinal principle in the suppression of crime should be the certainty of punishment [...] of the offender. It is, therefore, not considered that the suspended sentence should be eliminated and replaced by conditional discharge or probation without conviction (Gendarmerie Royale du Canada)¹⁵⁵.

La question reste ouverte : en quoi les sanctions alternatives proposées par la Commission porteraient-elles préjudice au principe de la certitude? Nous avons tenté de comprendre le problème auquel la Police faisait ici référence en revenant à la théorie de la dissuasion et en décortiquant davantage le sens que prend pour cette théorie le principe de la certitude de la peine.

¹⁵³ The Canadian Association of Chiefs of Police, Brief to the Standing Committee on Justice and Legal Affairs in Respect of Bill C-115, an Act to amend the criminal code (destruction of criminal records), 7 pages, Volume 4. Dossier: Spare Copies - Canadian Association of Chiefs of Police - Brief to the Standing Committee on Justice and Legal Affairs re Destruction of Criminal Records.

¹⁵⁴ Dans l'énoncé qui suit, la Police fera strictement référence à la libération absolue *avec condition* (*probation without conviction*) et n'engagera pas explicitement la libération absolue *sans condition*. Toutefois, comme la libération absolue *sans condition* implique encore moins de contrôle que la libération absolue *avec condition*, nous pouvons supposer que ce que la Police reproche à cette dernière vaut aussi, *a fortiori*, pour la première.

¹⁵⁵ The Royal Canadian Mounted Police, Brief to the Canadian Committee on Corrections, 33 pages, Volume 4. Dossier: Spare Copies - Royal Canadian Mounted Police.

Beccaria avait considéré la certitude de la peine comme étant une dimension de la sanction encore plus importante que la sévérité.

Un des moyens les plus sûrs de réprimer les délits, ce n'est pas la rigueur des châtimens, mais leur caractère infaillible. [...] La certitude d'une punition, même modérée, fera toujours plus d'impression que la crainte d'une peine terrible si à cette crainte se mêle l'espoir de l'impunité (Beccaria, 1764 : 123).

Dans la théorie de la dissuasion, l'espoir de l'impunité était perçu comme un obstacle à l'obstacle dissuasif. La théorie considère que le simple fait d'entretenir cet espoir rend le passage à l'acte plus probant, comme si l'individu qui l'entretenait devenait forcément plus susceptible de banaliser les éventuelles conséquences légales de son comportement et plus susceptible de rechercher activement les plaisirs qui y sont associés. Cette association d'idées entre « espoir d'impunité » et « passage à l'acte » apparaît clairement dans la théorie de Beccaria :

Les moindres maux, s'ils sont inévitables, effraient les hommes, tandis que l'espoir, ce don du ciel qui souvent nous tient lieu de tout, écarte la perspective des pires châtimens, surtout s'il est renforcé par des exemples d'impunité qu'un juge faible ou cupide accorde fréquemment (Beccaria, 1764 : 123).

Si ces remarques sur le principe de la certitude de la peine permettent de mieux comprendre le sens que la théorie de la dissuasion lui accorde, elles ne nous permettent pas encore de comprendre le lien que la Police a pu faire entre les sanctions alternatives proposées par la Commission Ouimet et la certitude de la peine. La question demeure : en quoi les sanctions proposées briment-elles ce principe de la certitude? En quoi peuvent-elles ici compromettre l'effet de dissuasion recherché par cette théorie? La Police ne le précise pas explicitement, mais nous pouvons tout de même tirer profit de tout ce que nous avons vu jusqu'ici pour tenter la formulation d'une hypothèse.

Notre hypothèse est la suivante : fortement déterminée par la théorie de la dissuasion, par les conditionnements cognitifs de la rationalité pénale moderne, habituée, en matière de droit criminel, à considérer comme valables seules les peines investies d'une dimension afflictive, la Police serait par conséquent incapable de reconnaître la légitimité des sanctions alternatives proposées par la Commission Ouimet. Elles ne sont en effet investies d'aucune dimension punitive et ne peuvent à cet égard remplir les exigences de la théorie de la dissuasion. C'est même le tout premier objectif de ces sanctions alternatives que de limiter les coûts sociaux de l'intervention pénale en contournant cette forme de souffrance institutionnelle sur laquelle aurait trop insisté la théorie de la dissuasion. La Police n'est donc plus en mesure d'inscrire les sanctions alternatives proposées par la Commission Ouimet dans le schéma juridico-pénal classique voulant qu'à un délit soit obligatoirement associée une *peine* : la Police voit le délit, mais elle n'est cognitivement plus en mesure de reconnaître dans la libération absolue avec ou sans condition la dimension « punitive » de l'intervention institutionnelle. N'étant pas reconnues comme des « vraies » peines, ces sanctions alternatives seraient en quelque sorte équivalentes à une forme de « non-intervention » : plus rien ne pourrait ainsi faire obstacle aux plaisirs associés au passage à l'acte. Un délit auquel ne serait associée aucune souffrance renverrait ainsi la Police au problème de l'impunité, d'où le problème que posent pour elle ces sanctions alternatives sur le plan de la certitude de la peine.

Du point de vue de l'analyse, les sanctions alternatives que propose la Commission Ouimet—bien qu'elles ne répondent pas aux exigences de la Police sur le plan des peines « valables »—sont pourtant des décisions proprement légales qui mettent un terme à une forme d'intervention institutionnelle : le processus judiciaire. L'association *délit-peine* n'a pas été remplacée par l'association *délit—non-intervention*. Par ailleurs, si le mot « sanction » est souvent utilisé comme synonyme de « peine », il faut voir qu'en droit, le mot « sanction » peut aussi être défini comme

le résultat du jugement. En ce sens, mêmes si les sanctions que préconise la Commission Ouimet n'ont pas une portée afflictive, elles demeurent néanmoins des sanctions qui marquent l'aboutissement des procédures judiciaires au même titre que les sanctions afflictives plus classiques. Ces sanctions ne sont pas équivalentes à la non-intervention : le système intervient, les procédures judiciaires s'enclenchent, les comportements sont dénoncés et une décision judiciaire marque la fin des conflits pour le droit. Ainsi, l'association délit-peine est bel et bien évacuée, mais le vide créé ne reste pas néant, il est comblé par une forme plus neutre, l'association *délit-décision* : la première résiste aux sanctions alternatives de la Commission, l'autre peut les intégrer sans souci d'incohérence sémantique.

Dans ce qui suit, nous verrons que même si la Police se dit favorable à une grande variété de sanctions, la variété qu'elle préconise en matière de droit criminel demeure essentiellement déterminée par la théorie de la dissuasion et l'idéal de la souffrance. Pour dissuader, il faut punir et punir doit nécessairement impliquer la distribution d'un mal. Partout dans notre matériel empirique, la Police sera ainsi réfractaire à l'idée d'instituer des sanctions non punitives et partout c'est d'une manière ou d'une autre la théorie de la dissuasion qu'elle vient actualiser. C'est elle qui dans le raisonnement de la Police vient y faire obstacle. Les seuls cas où, pour elle, la punition cesse d'être nécessaire, c'est lorsque la dissuasion cesse elle-même d'être un objectif : dès lors, la seule alternative admissible est la neutralisation de l'individu. Le point de vue du Service de Police de Montréal (S.P.M.) s'inscrit dans cette logique.

Théoriquement, du moins, il devrait exister une très grande variété de sentences. On peut les grouper en deux types: la punition pour la majorité des criminels et la mesure de sécurité pour le criminel

dangereux, le récidiviste, le criminel d'habitude, et l'aliéné mental (Service de Police de Montréal)¹⁵⁶.

On comprend en effet ici que la population des individus visés par la punition (premier type de sentences) regroupe tous les individus reconnus coupables d'une première offense—les individus récidivistes et les criminels d'habitude sont exclus—et tous ceux pour qui l'état psychique permet encore d'entretenir raisonnablement l'espoir que la punition puisse produire des effets souhaitables—les criminels dangereux et les aliénés mentaux sont à leur tour exclus.

Pour cette population d'individus encore « dignes » d'être punis, il serait permis d'espérer que l'expérience de la sanction afflictive puisse produire chez eux des effets dissuasifs déterminants. Pour les autres, c'est-à-dire pour le criminel dangereux, le récidiviste, le criminel d'habitude et l'aliéné mental, la punition n'est pas considérée utile : le S.P.M. semble ici considérer déraisonnable d'espérer que des désagréments associés à la punition puissent produire les effets recherchés.

En même temps, la protection de la société reste un enjeu. Ainsi, pour ces individus qui ne sont pas susceptibles de répondre « normalement » à la punition, la S.P.M. recommande le recours à une « mesure de sécurité ». On comprend par « mesure de sécurité » le recours à une forme de contrôle plus ou moins stricte où l'individu incarcéré, voire hospitalisé (« aliéné mental ») serait mis hors d'état de nuire.

Le S.P.M. abandonne alors clairement l'idéal de la souffrance. Il ne s'agit plus de punir car il n'est plus jugé utile de le faire. Tout se présente alors comme si sans espoir de dissuasion, l'organisation policière ne pouvait envisager d'autres alternatives que la neutralisation de l'individu. Le S.P.M. aurait pourtant pu

¹⁵⁶ Service de Police de Montréal, Mémoire au Comité Canadien de la Réforme Pénale et Correctionnelle. Mars, 1967, 34 pages, Volume 7. Dossier: Briefs - Police Department.

considérer la réhabilitation, mais cette perspective alternative n'apparaît pas dans le discours.

Le S.P.M. reconnaît pourtant que la punition ne peut pas toujours produire la dissuasion, mais sa créativité n'est pas stimulée par cet apprentissage. Sans dissuasion, tout se présente comme si l'organisation policière ne savait plus penser : privée de ses repères usuels, elle se réfugie alors dans l'idéal de la neutralisation et reste de ce fait prisonnière des théories de l'exclusion sociale.

D'autres points de vue policiers vont aussi mettre l'accent sur les châtiments corporels. La Police admet que la *souffrance psychologique* qu'implique l'incarcération n'est pas toujours, sur le plan de la dissuasion, la sanction la mieux adaptée. Selon elle, dans certains cas, l'individu répondra beaucoup mieux à la *souffrance physique*. Plusieurs organisations policières se sont montrées favorables aux châtiments corporels¹⁵⁷.

Corporal punishment should not be abolished completely in theory or in practice, for the reason that in our society there is a very small group who are what might be called relatively normal who do, however, resort to violence and on occasion extreme violence in their criminal acts, but who would shrink from any thought of violence being applied to their person. We believe that corporal punishment add a deterrent value to the very few to whom it might be applied (Association canadienne des Chefs de Police)¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Si la Police s'était plus haut souciee de l'obligation d'harmoniser les valeurs du droit criminel avec celles de la société canadienne, ici, la théorie de la dissuasion la plonge dans un angle mort et l'empêche de voir ses propres contradictions. Du simple fait de promouvoir les intérêts de la dissuasion, le châtiment corporel serait ainsi intégralement justifié.

¹⁵⁸ The Canadian Association of Chiefs of Police, Brief to the Canadian Committee on Corrections, 14 pages, Volume 4. Dossier: Spare Briefs - The Canadian Association of Chiefs of Police.

It is this submission that corporal punishment should be retained as a part of the sentence for those Criminal Code offences to which it now pertains (Gendarmerie Royale du Canada)¹⁵⁹.

In the more serious offences against the person the magistrate and judge should be empowered to order corporal punishment. In the cases of the recidivist instead of sending him to long terms of imprisonment the term should be short and corporal punishment inflicted. [...] Short sentences with corporal punishment would act as a stronger deterrent than long term of imprisonment (J. Ferrand, chef de police, Thorold, Ontario)¹⁶⁰.

Le châtement corporel et la privation de la liberté servent les intérêts de la dissuasion sur un registre d'affliction différencié : le registre de l'affliction physique qui marque le corps et le registre de l'affliction psychique qui marque l'esprit (Foucault, 1975). La théorie de la dissuasion ne semble pas en elle-même être une mesure de marquer la limite de l'affliction. La pensée qui s'engage dans ses réseaux de sens aura en fait surtout tendance à repousser toujours plus loin le seuil de l'inacceptable. Après l'incarcération, après les châtements corporels, la théorie de la dissuasion réinscrit la mort dans le champ des possibilités privilégiées par la Police. La Police verra en effet d'un oeil favorable la peine capitale pour prévenir les passages à l'acte qui impliqueraient la mort de certaines catégories de personnes.

Nous recommandons le maintien de la peine de mort pour meurtre par maniaque sexuel, le meurtre du policier et gardien de pénitencier ou de prison, et nous recommandons sa mise en application dans les cas précités (Association provinciale des Chefs de police et pompiers de la province de Québec)¹⁶¹.

¹⁵⁹ The Royal Canadian Mounted Police, Brief to the Canadian Committee on Corrections, 33 pages, Volume 4. Dossier: Spare Copies - Royal Canadian Mounted Police.

¹⁶⁰ Ferrand, J. Chief of Police Town and Township Thorold Police Department (Ontario), Brief to the Canadian Committee on Corrections, April 18, 1967, 9 pages. Volume 7. Dossier: Briefs - Police Departments.

¹⁶¹ District No 9 de l'Association Provinciale des Chefs de police et pompiers de la Province de Québec. Mémoire Au Comité Canadien de la Réforme Pénale et Correctionnelle, 13 janvier 1967, 3 pages. Volume 7. Briefs - Police Departments.

Pour la Police, la peine de mort permettrait ainsi de neutraliser définitivement les coupables et d'envoyer un message clair à tous ceux et celles pouvant être rationnellement tentés de transgresser les normes de comportement qui la préoccupent ici.

Incarcération, châtement corporel, peine de mort : *variété de mesures*, certes, il y a dans le discours policier, mais on ne peut pas dire qu'il y ait *variété d'idées*. La variété de mesures reste par ailleurs déterminée par la théorie de la dissuasion et l'idéal de la souffrance. Sur ce plan, la Police aura sans doute raison de considérer que « a sufficient range of alternatives are available in offences covered by the Criminal Code » (Gerdarmerie Royale du Canada)¹⁶².

Au terme de cette analyse, que la Police (comme organisation)—ou tout autre locuteur adhérant aux idées que nous venons de rencontrer—puisse participer à l'émergence d'un discours susceptible de valoriser des sanctions alternatives non afflictives nous paraît fort improbable. Fidèle à la théorie de la dissuasion, centrée sur l'idéal de la souffrance, peu sensibilisée aux enjeux de la réhabilitation, ce qui nous paraît plus probable, c'est qu'elle vienne plutôt faire contrepoids—comme elle l'a fait pour les sanctions alternatives proposées par la Commission Ouimet—aux élans innovateurs favorables à une variété non afflictive. Elle participera alors activement à la stabilisation du « noyau dur » et des structures névralgiques du droit criminel moderne.

¹⁶² The Royal Canadian Mounted Police, Brief to the Canadian Committee on Corrections, 33 pages, Volume 4. Dossier: Spare Copies - Royal Canadian Mounted Police.

4.2.2 Le Correctionnel

Si la théorie de la dissuasion a pu profondément marquer les fondements théoriques à l'appui des sanctions privilégiées par la Police, cette perspective ne trouvera que très peu de prises dans le discours des acteurs professionnellement rattachés aux services correctionnels canadiens. C'est plutôt par la théorie de réhabilitation que le point de vue correctionnel se sera laissé convaincre. Partout dans le discours, l'idéal du traitement prédominera sur l'idéal de la souffrance.

Pour être utile, la sanction n'a pas à être afflictive, elle doit par contre être « pédagogique », c'est-à-dire favoriser l'apprentissage des exigences normatives que le système de droit criminel moderne rattache aux privilèges que représentent pour lui la liberté et la vie en communauté. Comme sanction, l'utilité de l'incarcération et des châtiments corporels est dès lors remise en question, tandis que la peine de mort, par définition anti-pédagogique et contraire à la réhabilitation, n'est pas même mentionnée dans le discours. Considérons donc, dans l'ordre, d'abord le discours sur le recours à l'incarcération et ensuite celui sur l'usage des châtiments corporels.

Sur la question de l'incarcération, les acteurs du correctionnel font consensus : dans les conditions actuelles, telle qu'on la connaît, l'expérience de l'incarcération n'est pas favorable à la réhabilitation de l'individu. Ceci étant, tous ne définissent pas le problème de la même manière ni ne conçoivent la solution dans les mêmes termes. Les points de vue correctionnels qui se distribuent dans notre matériel empirique nous ont permis d'identifier trois types de critiques auprès desquels nous avons relevé trois types d'arguments correctifs :

- A) l'argument de l'exclusion sociale prolongée;
- B) l'argument du suivi post-libératoire;

C) l'argument de la participation interne de l'externe.

Voyons maintenant sur la base de notre matériel empirique de quoi relève chacun de ces arguments-types.

A) *L'argument de l'exclusion sociale prolongée.* Pour certains interlocuteurs du correctionnel, le problème de l'expérience carcérale est relié à la durée de l'incarcération : trop brefs, les séjours en détention ne permettraient pas au détenu de mener à terme son programme de réhabilitation. Un individu qui n'aurait pas été complètement réhabilité avant d'être remis en liberté pourrait ainsi représenter un risque de récidive plus élevé. La solution à ce problème exigerait donc des périodes de détention plus longues, voire des périodes de détention indéterminées.

Les récidivistes commencent à réfléchir lorsqu'il se voit imposer une sentence de 5 ans, 6 ans, ou plus. Le détenu condamné à deux ans purge [...] 16 mois. Considérant qu'il passe en moyenne 3 ou 4 mois à l'institution centrale avant d'être transféré dans une institution à sécurité medium, il lui reste peu de temps pour apprendre un métier ou pour terminer une 8ème ou une 9ème année scolaire. Les possibilités d'apprendre un métier sont très limitées (Préposés au classement, Institution Leclerc, Québec)¹⁶³.

Lorsque nous faisons la rééducation d'un jeune, nous ne le laissons pas tant et aussi longtemps qu'il n'a pas été rééduqué et je pense qu'il y aurait lieu, d'une façon générale, de se servir de ce principe là dans l'évaluation de la réhabilitation. Il devrait y avoir des sentences indéterminées, comme il se fait actuellement dans la politique des jeunes (M. Gendreau, consultant, directeur de Boscoville)¹⁶⁴.

¹⁶³ Préposés au classement, institution Leclerc. Mémoire au Comité Canadien de la réforme pénale et correctionnelle. 3 pages [plus annexes]. Volume 7. Dossier: Briefs - Préposés au Classement.

¹⁶⁴ Réunion sténographiée avec les consultants, 11 et 12 janvier 1966, 386. Volume 2, p. 198-202.

Remarquons ici que l’incarcération n’est pas problématisée en soi. L’exclusion sociale continue d’être considérée importante. Ce qu’on considère problématique, ce ne sont pas les conditions de détention, ce sont les périodes trop courtes de détention. Ici, la communication du correctionnel est tournée vers le politique et le juridique : il faut créer des lois favorisant davantage le recours à des sanctions indéterminées, il faut également que les juges des tribunaux criminels acceptent d’y recourir. Soulignons par ailleurs qu’au niveau de cette recommandation favorisant ici une exclusion sociale prolongée, n’est pas non plus investi le problème que pose *de facto* le prolongement de la souffrance. Laissons pour le moment en suspens ces deux remarques—nous y reviendrons—et considérons les deux autres types d’arguments.

B) *L’argument du suivi post-libératoire*. Pour d’autres interlocuteurs du correctionnel, le problème de la réhabilitation serait plutôt relié aux effets d’« acculturation » qu’engendre l’expérience prolongée de l’institution « totale » (Goffman, 1961). Évoluant en milieu clos, coupé du monde, l’individu intériorise les valeurs d’un milieu artificiel; des valeurs qui ne correspondent pas nécessairement aux valeurs du milieu ouvert vers lequel, au terme de sa réhabilitation, l’individu retournera. Le retour à la vie en société peut parfois représenter un défi sur le plan de la ré-intégration sociale. Un nouveau processus de resocialisation différentielle peut être nécessaire.

Ce qu’on critique essentiellement ici, ce n’est pas tant l’exclusion sociale ni les effets d’« acculturation » qui y sont associés, c’est plutôt le fait qu’au terme de sa sentence l’individu soit contraint de relever lui-même, seul et sans filet institutionnel, les défis associés à sa resocialisation. On recommande par conséquent qu’une probation post-libératoire soit ordonnée. Celle-ci permettrait à des agents qualifiés d’organiser un suivi institutionnel et d’assister l’individu dans son processus de resocialisation. Cet argument nous est rapporté par le président de la Commission

Ouimet suite à une rencontre avec des agents de probation et des directeurs d'établissements.

They would favour prison sentences followed by probation, maybe a year, maybe a month, thus bringing a stark reality to the mind of the condemned man and helping him to find himself and resocialize himself (Agents de probation et Directeurs d'établissements, propos recueillis par Roger Ouimet)¹⁶⁵.

There should be community hostels where inmates could continue serving their sentence under controlled living rules while going to school, university or working in regular employment (Mme McNeill, directrice du pénitencier pour femmes de Kingston, propos recueillis par Roger Ouimet)¹⁶⁶.

C) *L'argument de la participation interne de l'externe.* Pour d'autres interlocuteurs, le problème de la réhabilitation en milieu carcéral relève d'un manque de contact avec la communauté. La solution doit donc favoriser davantage de relations entre le monde fermé du carcéral et le monde ouvert de la société. Ce qu'on recommande, ce n'est pas de privilégier la réhabilitation en milieu ouvert, mais bien d'ouvrir les portes des prisons à la communauté; c'est en d'autres termes de permettre à la communauté *externe* d'interagir avec la communauté *interne*, mais de le faire à l'intérieur même des pénitenciers.

Monsieur le Président, j'aimerais insister ici sur le fait que la prison en soi n'est pas une fin sur le plan du traitement; il semble, d'après les remarques de certaines personnes ici, que la prison doit réhabiliter quelqu'un complètement. C'est impossible pour une prison [...] de réhabiliter quelqu'un complètement, parce que le traitement que le criminel reçoit en prison ne représente qu'un jalon dans le traitement du détenu. Je crois qu'il faut insister davantage pour que la communauté

¹⁶⁵ Juge Ouimet, Notes personnelles, Meeting with Probation Officers in Calgary and Wardens of institutions (Calgary) 4 pages. Volume 17. Dossier: Spare Copies - Calgary.

¹⁶⁶ Interview avec Miss Isabel McNeill, Superintendent of the Women's Prison in Kingston, Volume 3, Dossier: General - Reports on Visitors.

extérieure rentre à l'intérieur des prisons et fasse partie intégrante du programme. Une coordination entre les diverses disciplines qui s'occupent du criminel, allant de la police jusqu'à la société elle-même, est la seule façon [...] d'arriver à pouvoir contrôler le criminel, à pouvoir le traiter (M. Gauthier, consultant, directeur des services de prison, Québec)¹⁶⁷.

Les deux remarques qui suivent s'appliquent autant à l'*argument de l'exclusion sociale prolongée*, à l'*argument du suivi post-libératoire*, qu'à l'*argument de la participation interne de l'externe*.

La première remarque. À aucun moment ces arguments nous permettent-ils de problématiser en soi l'exclusion sociale de l'individu. Le point de vue reste fidèle à la théorie de la réhabilitation de la première modernité : indépendamment des résultats empiriques obtenus par la voie de l'incarcération, on ne remet pas en cause le principe fondamental selon lequel la réhabilitation d'un individu passe forcément par son exclusion sociale. Aucun des arguments que nous venons de présenter n'a à cet égard réussi à se libérer cognitivement de ce piège cognitif que représente pour la pensée la théorie de la réhabilitation de la première modernité.

La deuxième remarque. À aucun moment ces arguments posent-ils par ailleurs un regard critique sur la souffrance associée à l'exclusion sociale. À cet égard, on peut dire 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.

¹⁶⁷ Réunion sténographiée avec les consultants, 11 et 12 janvier 1966, 386. Volume 2, p. 225-227.

Tirant profit de ces deux remarques, on peut dire qu'en prenant appui sur la théorie de la réhabilitation de la première modernité, les arguments qui nous ont été proposés jusqu'ici permettent, sur le plan cognitif, chacun à leur manière, de reconduire intégralement ce qui est considéré fondamental pour la rationalité pénale, c'est-à-dire l'exclusion sociale de l'individu et, à travers elle, voulue ou tolérée, la souffrance. En d'autres termes, indépendamment des points de divergence qui l'opposent aux théories rivales de la dissuasion et de la rétribution, la théorie de la réhabilitation de la première modernité n'est pas structurellement mieux outillée que ne l'ont été les deux autres pour briser le rythme de la reproduction du même par le même. Elle n'atteint pas le « noyau dur » du droit criminel moderne, au contraire, elle vient sur le plan cognitif lui offrir d'autres « bonnes » raisons de justifier la cristallisation des normes de sanction carcérales.

Pour briser le rythme de la reproduction du même par le même, la théorie de la réhabilitation doit changer l'angle de son observation critique. Elle doit notamment apprendre à problématiser l'exclusion sociale en tant que telle, à réfléchir sur la pertinence du principe voulant que l'inclusion sociale de l'individu doive obligatoirement impliquer préalablement son exclusion.

La théorie de la réhabilitation de la première modernité peut certes valoriser des sanctions alternatives non afflictives, mais elle n'est pas cognitivement outillée pour valoriser des sanctions alternatives qui n'impliqueraient pas l'exclusion sociale de l'individu. Sur ce plan, elle reste cantonnée dans les trames discursives de la rationalité pénale moderne.

Mais avant de généraliser cette critique à l'ensemble du discours correctionnel, il faut d'abord rendre justice à ces quelques arguments qui ont malgré tout pu émerger en faveur d'une réhabilitation en milieu ouvert : ils ne sont pas complètement absents du discours correctionnel. En effet, déjà à l'époque, certaines

idées qui allaient plus tard se stabiliser dans la forme d'une théorie de la réhabilitation de la seconde modernité—plus inclusive que la première—avaient commencé à s'immiscer dans le débat. Parmi ces idées, il y a celles qui s'inscrivent très clairement en rupture de sens par rapport aux idées dominantes de la théorie de la réhabilitation de la première modernité, mais il y a aussi celles qu'on sent plus hésitantes, celles qui cherchent à sortir du carcan de l'ordre établi, mais qui ne sont pas encore arrivées à introduire un « point de diffraction » (Foucault, 1969). Dans ce qui suit, le premier énoncé montre l'hésitation du locuteur, l'autre indique une position beaucoup plus campée.

Entendu que la prison devrait être une dernière mesure dans les moyens à prendre pour la réadaptation des criminels, il nous semble que les peines de 2 ans, 3 ans sont inutiles. Nous basant sur notre expérience, ceux qui ont semblé profiter d'une si courte sentence auraient, à notre avis, répondu aussi bien à un régime de liberté surveillée. En les exposant à la sous-culture criminelle, (qui existe dans toutes les institutions pénales), le risque qu'ils soient contaminés par cette sous-culture était bien plus grand que la possibilité qu'ils soient réhabilités (Préposés au classement, Institution Leclerc, Québec)¹⁶⁸.

Mr. Street suggests that imprisonment should be used only as a last resort, and adds that he believes much more in treatment within the community (M. Street, président de la Commission nationale des libérations conditionnelles, propos recueillis par Roger Ouimet)¹⁶⁹.

Les deux énoncés réitèrent le principe de l'emprisonnement en dernier ressort. L'un comme l'autre semblent par ailleurs admettre le traitement en milieu ouvert. Le premier énoncé en fait un principe relatif : le traitement en milieu ouvert pour les courtes peines, mais le traitement en milieu fermé pour les plus longues. Le

¹⁶⁸ Préposés au classement, Institution Leclerc. Mémoire au Comité Canadien de la réforme pénale et correctionnelle. 3 pages [plus annexes]. Volume 7. Dossier: Briefs - Préposés au Classement.

¹⁶⁹ Chairman's Notes on the Seminar on Sentencing Before the County Judges of Ontario Held on Wednesday, April 24, 1968, in the Royal York Hotel - Toronto. Volume 19. Dossier: Spare - Chairman's notes on the Seminar on Sentencing, April 24, 1968, before the County and District Court Judges of Ontario.

deuxième énoncé en fait un principe plus absolu : le traitement en milieu ouvert *est* plus favorable à la réhabilitation que le traitement en milieu fermé.

À partir du premier énoncé, on comprend en effet que le point de vue pourrait—par défaut—actualiser les fondements de la théorie de la réhabilitation de la seconde modernité pour les sanctions n'excédant pas une période de trois ans. Il y serait favorable non pas tant parce que le traitement en milieu ouvert serait privilégié *en soi*, mais bien parce que le traitement en milieu fermé exige des conditions temporelles que les courtes peines ne remplissent pas ou remplissent mal. Bien qu'ici le point de vue ait commencé à quitter la théorie de la première modernité, il n'est pas encore l'actualisation de la théorie de la deuxième modernité : le point de vue ne serait pas favorable à cette même théorie pour les individus condamnés à des périodes d'incarcération allant au-delà des trois ans. Pour les peines plus longues qui peuvent remplir les conditions d'un traitement en milieu fermé, c'est la théorie de la réhabilitation de la première modernité qui prévaut et qui réactualise l'obligation de l'exclusion sociale. Tout se présente alors comme si on avait aussitôt perdu de vue les problèmes liés à l'institutionnalisation et ses effets d'acculturation sur l'individu.

Le second énoncé, celui du Président de la *Commission nationale des libérations conditionnelles*, n'introduit pour sa part aucune balise destinée à limiter la valorisation de l'intervention en milieu ouvert : le milieu ouvert répond mieux aux besoins de la réhabilitation, mieux que le carcéral. Si le premier énoncé peut nous paraître tiraillé entre deux théories de la réhabilitation, l'une privilégiant la réhabilitation en milieu fermé, l'autre en milieu ouvert, le second énoncé semble avoir complètement abandonné la première au profit de la seconde.

D'autres énoncés tirés du discours correctionnel vont privilégier le traitement en milieu ouvert, mais toujours en gardant bien active la menace de l'incarcération.

The main weapon used as a sword of Damocles would consist in the constant danger for the inmate returning to prison for misbehaving (Mme McNeill, directrice du pénitencier pour femmes de Kingston, propos recueillis par Roger Ouimet)¹⁷⁰.

Le spectre de la théorie de la dissuasion refait surface. Suivant le raisonnement de l'énoncé, la menace suspendue au dessus de l'individu en processus de réhabilitation dans la communauté viendrait offrir une garantie supplémentaire au succès de la démarche. La menace de l'incarcération est ici perçue comme une sanction négative susceptible d'inciter l'individu à respecter les expectatives normatives du droit criminel. Il n'est pas clair si le succès de l'intervention en milieu ouvert pourrait alors être attribué à l'effet de la réhabilitation ou à l'effet de la dissuasion, mais de toute façon, ce ne semble pas être ici le principal enjeu : l'objectif ultime de la réhabilitation pourrait dans certains cas être atteint; dans d'autres cas, punir resterait une option. Les sanctions en milieu ouvert n'auraient pas encore pris le statut de sanctions *alternatives*, au sens propre du terme. Elles n'existent et ne sont tolérées que parce que la sanction dominante de l'incarcération assure leur encadrement et peut nous servir de gage. Le point de vue du dernier énoncé n'est donc pas campé, mais l'hésitation n'est pas tant entre « théorie de la réhabilitation de la première modernité » et « théorie de la réhabilitation de la seconde modernité », elle se situe plutôt entre « théorie de la réhabilitation de la seconde modernité » et « théorie de la dissuasion ».

Au terme de cette analyse, on peut dire que si de manière générale le point de vue correctionnel a pu formuler certains reproches à la sanction carcérale, ces critiques ne remettent pas en cause—sauf exception—les postulats de la théorie de la réhabilitation de la première modernité. L'exclusion sociale de l'individu reste

¹⁷⁰ Interview avec Miss Isabel McNeill, Superintendent of the Women's Prison in Kingston, Volume 3, Dossier : General - Reports on Visitors.

importante. Les sanctions alternatives qui ne présupposent pas son exclusion ne trouveront ici que très peu d'appuis parce qu'elles n'ont pas encore été fermement encadrées par la théorie de la réhabilitation de la seconde modernité. Au lieu de travailler à l'émergence de ce nouveau paradigme, on tente encore de faire fonctionner celui qui cause problème, celui dont on n'a pas encore désisté et qu'on croit pouvoir sauver. Nous restons ainsi collés sur le carcéral et lorsque discrètement l'idéal du traitement en milieu ouvert nous autorise à nous en éloigner, c'est toujours sous la stricte supervision d'une théorie de la dissuasion qui exerce toute son influence pour nous y ramener.

La réaffirmation inconditionnelle du principe d'exclusion sociale jette un voile sur les idées alternatives à l'incarcération. Elles n'apparaissent pas sur les écrans de la réflexivité critique. Le point de vue correctionnel ne mobilise pas la théorie de la réhabilitation pour dénoncer explicitement la manière par laquelle les théories rivales de la dissuasion et de la rétribution se sont accrochées à l'idéal de la souffrance ou à la pratique de l'incarcération. Sur ce plan, le discours reste complètement silencieux.

À moins que ne se généralise davantage le point de vue de monsieur Street, président de la *Commission nationale des libérations conditionnelles*, et que l'idéal du traitement en milieu ouvert puisse être affirmé sans hésitation, il nous paraît peu probable que les idées qui ont été actualisées par le correctionnel puissent participer à l'émergence d'un système de pensée capable de faire opposition aux sanctions usuellement privilégiées par la rationalité pénale moderne. Ce qui est plus probable—et nous sommes ici amené à tirer une conclusion similaire à celle que nous avons pu établir pour la Police—c'est qu'elles fassent obstacle aux sanctions alternatives qui n'exigeraient pas l'exclusion sociale de l'individu. Ce qui est tout aussi probable, c'est qu'elles continuent d'ignorer le problème que posent les sanctions afflictives du droit criminel : dès lors qu'une sanction donnée pourra

impliquer une période de détention suffisante pour la mise en oeuvre des programmes de traitement, le degré d'affliction aura tendance à devenir secondaire ou négligeable.

Dans ces conditions et en se référant au chapitre théorique, on peut dire qu'ici, la théorie de la réhabilitation de la première modernité ne nous permet pas d'atteindre et d'ébranler les zones « névralgiques » du droit criminel moderne : le « noyau dur » reste intact et les conditions systémiques de la reproduction *du même par le même* sont réunies.

4.2.3 Le Communautaire

Considérons maintenant le point de vue des organisations communautaires. Un peu dans les mêmes termes que la Police, les organisations communautaires qui à l'époque ont mis leurs idées devant les membres de la Commission Ouimet tendent à retrancher la théorie de la rétribution des principes de détermination de la peine. Bien qu'on lui ait traditionnellement attribué une place importante dans l'architecture cognitive du droit criminel moderne, on ne serait plus à même de pouvoir la réconcilier avec les valeurs fondamentales des sociétés « civilisées ».

Punishment as retribution has existed for a very long time, in spite of the fact that it has been challenged on ethical grounds by all the higher religious teachings, and on logical grounds by the clearly demonstrable fact that it does not right the original wrong but serves only dubious satisfaction of primitive impulses for revenge. Although it is a deeply ingrained attitude, we suggest that it has no place in the planned approach of a civilized society (Association des travailleurs sociaux du Manitoba)¹⁷¹.

¹⁷¹ Manitoba Association of Social Workers, Brief to Community Welfare Planning Council - Winnipeg Committee on Services for Juvenile and Adult Offenders, February 1962, 15 pages. Volume 5. Dossier: Briefs – Associations.

En ce qui a trait à la théorie de la dissuasion, si la Police lui avait accordé un rôle fondamental dans la détermination de la peine, les organisations communautaires vont pour leur part considérer qu'on a exagéré la portée dissuasive des sanctions du droit criminel. Si ces sanctions peuvent dans certains cas produire des effets dissuasifs, c'est généralement dans des cas où l'individu n'est pas sérieusement tenté par le passage à l'acte.

Punishment as deterrent has [...] some usefulness, but a limited one and one that is commonly over-rated (Association des travailleurs sociaux du Manitoba)¹⁷².

It is felt that the present criminal code may have a deterrent effect upon the members of society but it is also felt that this deterrence may only be effective with the more "normal" law abiding citizen than with the offender (Conseil National des femmes du Canada)¹⁷³.

La portée dissuasive de la sanction du droit criminel est par ailleurs considérée négligeable lorsque l'individu qui considère sérieusement le passage à l'acte en planifie minutieusement le déroulement. Cette planification procure un sentiment de confiance par rapport aux risques que représentent l'arrestation, la condamnation et la punition. La Société John Howard de l'Ontario voit cette rationalisation du risque particulièrement bien représentée dans les cas où le passage à l'acte—par exemple le vol qualifié et le cambriolage—s'inscrit de fait dans un processus décisionnel rationnel.

¹⁷² Manitoba Association of Social Workers, Brief to Community Welfare Planning Council - Winnipeg Committee on Services for Juvenile and Adult Offenders, February 1962, 15 pages. Volume 5. Dossier: Briefs – Associations.

¹⁷³ The National Council of Women of Canada. Saskatchewan Council of Women Brief to The Canadian Committee on Corrections. 14 pages, Volume 5. Dossier: Briefs - Associations # 2.

In the two offences of robbery and armed burglary there has been prior consideration and planning in cold blood of the criminal activity which is undertaken despite any deterrent value in the thought of punishment since the offender has so planned the crime that he does not anticipate apprehension, conviction and punishment (La Société John Howard de l'Ontario)¹⁷⁴.

Selon d'autres, le rôle de la peine dissuasive serait tout aussi négligeable lorsque l'individu se trouve confronté à des pressions environnementales¹⁷⁵ et psychologiques¹⁷⁶ qui rendent hautement improbable le calcul rationnel des coûts/bénéfices.

While the deterrent effect of punishment may influence the well integrated person, its effect on the person who is under severe pressure - environmentally or psychologically - is negligible (Association des travailleurs sociaux du Manitoba)¹⁷⁷.

L'application d'une sanction punitive à des fins de dissuasion peut par ailleurs devenir contre-productive lorsque le condamné considère injustifiée la

¹⁷⁴ John Howard Society of Ontario, Brief to the Committee on Corrections: Corporal Punishment, February 16 th, 1967, 6 pages. Volume 5. Dossier: Briefs - The John Howard Society.

¹⁷⁵ On peut par exemple penser ici aux « crimes de ritualisation » où des pairs définissent le passage à l'acte comme une condition d'appartenance au groupe. Bien que la punition puisse à un moment donné traverser l'esprit de l'individu, elle s'inscrit comme une éventualité moins probable que celle d'être exclu du groupe. Cette dimension n'est pas problématisée par la rationalité coûts/bénéfices de la théorie de la dissuasion. Voir Dubé (2001).

¹⁷⁶ On peut ici se référer aux « crimes passionnels » où l'individu se retrouve subitement déstabilisé par un incident momentané de haute intensité sur le plan affectif et émotionnel. L'intensité du moment présent neutralise toute projection dans l'avenir. Sur le coup, la peine ne peut être rationalisée comme un obstacle au passage à l'acte. Lorsque la rationalité coûts/bénéfices entre en action et que la peine peut être de fait considérée, c'est généralement *ex post facto*. Voir Dubé (2001).

¹⁷⁷ Manitoba Association of Social Workers, Brief to Community Welfare Planning Council - Winnipeg Committee on Services for Juvenile and Adult Offenders, February 1962, 15 pages. Volume 5. Dossier: Briefs - Associations.

sévérité de la peine qui le frappe. Les recherches en sociologie et en psychologie montrent qu'une telle situation peut nourrir chez le condamné des sentiments de révolte susceptibles d'être exprimés à travers des actes non conformes aux expectatives normatives du droit criminel.

Many studies, both sociological and psychological, have shown how easily it can become self-defeating, through increasing in the offender the feelings of bitterness and hostility, sense of injustice, and desire for revenge which often motivate his antagonistic behaviour towards society (Association des travailleurs sociaux du Manitoba)¹⁷⁸.

Les organisations communautaires considèrent à cet égard que nous avons parfois surestimé la portée dissuasive de la sanction et sous-estimé les effets de dissuasion inhérents à l'arrestation et au procès. Ces aspects dissuasifs, reliés à la procédure plus qu'à la sanction, ont été ignorés ou dévalorisés dans l'angle mort d'une théorie qui, elle, aura essentiellement misé sur l'obligation de punir.

The suffering and shame inherent in arrest and trial may have further deterrent value so long as the accused person believes he has been fairly treated and that justice has been done. Deterrence as a general preventative measure is inherent in the operation of the correctional system as a whole and is not dependent upon harsh and frankly punitive measures (Association des travailleurs sociaux du Manitoba)¹⁷⁹.

En somme, pour les organisations communautaires, toutes ces considérations suggèrent des limites fondamentales et soulignent au passage des points d'aveuglement qui n'ont pas été problématisés comme tels par la théorie de la dissuasion. Cet apprentissage impliquerait non pas tant l'abandon de la dissuasion

¹⁷⁸ Manitoba Association of Social Workers, Brief to Community Welfare Planning Council - Winnipeg Committee on Services for Juvenile and Adult Offenders, February 1962, 15 pages. Volume 5. Dossier: Briefs – Associations.

¹⁷⁹ Manitoba Association of Social Workers, Brief to Canadian Committee on Corrections, June 12, 1967, 17 pages. Volume 5. Dossier: Briefs – Associations.

comme *objectif institutionnel*, mais bien la reconfiguration de la dissuasion comme *théorie de la décision* : on pourrait à partir de cet apprentissage voir progressivement émerger une toute autre théorie de la dissuasion; une théorie capable de tenir compte des autres rationalités pouvant être actualisées dans le passage à l'acte; une théorie capable de définir autour de celles-ci son propre champ de compétence, ses propres limites; une théorie capable de reconnaître la portée dissuasive d'autres sanctions, des sanctions non afflictives, non carcérales, voire même non juridiques, etc. Les idées susceptibles de participer à l'émergence de cette « théorie de la dissuasion de la seconde modernité » existent, mais elles sont au point de la contestation de l'ordre établi : elles ne se sont pas encore concertées les unes les autres et n'ont toujours pas emboîté ensemble le pas à quelque chose qui pourrait les mener au point de l'innovation et de l'émergence d'un nouvel ordre.

Le point de vue communautaire va en définitive se tourner vers la protection de la société et la réhabilitation de l'individu. Les deux objectifs sont définis comme des objectifs complémentaires et leur réalisation est considérée le meilleur moyen d'assurer à long terme la protection de la société.

An enlightened correctional system should rest on the complementary basis of:

- a) The protection of society.
- b) The rehabilitation of the offender.

The two are entirely complementary in that the most effective guarantee of the public's protection and long-term satisfaction is a program of successful rehabilitation which induces the individual to lead a productive life in society (La Société John Howard de la Saskatchewan)¹⁸⁰.

¹⁸⁰ The John Howard Society of Saskatchewan, Submission to the Canadian Committee on Corrections, Section A, Part I - General Principles & Philosophy of the Law. Volume 5 Dossier: Briefs - The John Howard Society.

The primary consideration of the court in imposing a sentence is the protection of society. Secondary to this is the rehabilitation of the offender. The two are not incompatible for society can best be protected by diverting offenders from criminal careers to lead constructive, law-abiding lives (Association des travailleurs sociaux du Manitoba)¹⁸¹.

Il y a différentes manières de concevoir la protection de la société selon la théorie de la peine que nous privilégions. Une théorie de la neutralisation considère que la société est protégée du crime lorsqu'une contrainte empêche l'individu d'agir. L'incarcération est alors en soi une contrainte suffisante. La théorie de la dissuasion considère que la protection de la société est assurée lorsque la contrainte dissuade l'individu, lorsqu'elle lui ôte « l'audace » (Bentham, 1840 : 22). Sous certaines conditions, la sanction carcérale est en soi considérée suffisante. La théorie de la réhabilitation sera toutefois plus exigeante que les deux autres : il ne s'agit pas de simplement ôter à l'individu le pouvoir d'agir ni de simplement lui ôter l'audace, il faut surtout lui enlever l'envie du crime, lui faire perdre « le désir » (Ibid : 22). Dès lors, l'incarcération est *en soi* insuffisante; l'expérience carcérale doit se faire accompagner de programmes de traitement et d'apprentissage : il ne suffit plus d'incarcérer ni de faire souffrir, il faut pouvoir transformer ou corriger l' « esprit » (*the mind*) et le « bon vouloir » (*the will*).

It seems to us that there is only one goal to be achieved in Corrections and that is to “correct”. We readily accept the fact that, as with so many of our English words, there are several connotations of the word “correct”. It is our hope that the philosophy of the correctional process is not to be found in the punitive action [...] but in the correcting of the mind and will of the offender (The Salvation Army)¹⁸².

¹⁸¹ Manitoba Association of Social Workers, Brief to Canadian Committee on Corrections, June 12, 1967, 17 pages. Volume 5. Dossier: Briefs – Associations.

¹⁸² The Salvation Army. Brief to the Canadian Committee on Corrections Mr. Justice Roger Quimet. 1 March 1967, 12 pages. Volume 5. Dossier: Briefs - Associations 2.

En ce sens, lorsque la protection de la société passe par la réhabilitation de l'individu, les conditions de l'intervention sont alors beaucoup plus exigeantes.

In a nutshell then the aims of a correctional institution should be (1) safe custody of the offender, (2) preparation of the offender to be restored to society as a corrected individual with commitment to a socially accepted way of life, (3) teaching of appropriate skills for post-release adjustment and employment, (4) inculcation of social values in keeping with the offender's legal responsibilities, (5) development of the offender's plan for release (La Société John Howard de l'Ontario)¹⁸³.

Le point de vue communautaire n'est pas cognitivement orienté par l'obligation de punir. Il n'est pas motivé par le recours à l'affliction. Mais comment se positionnera-t-il par rapport à l'exclusion sociale? Cette question soulève un problème pour l'analyse; ici, notre empirie nous fait défaut. En effet, la grande majorité des organisations communautaires mobilisent la théorie de la réhabilitation pour contrecarrer l'importance traditionnellement attribuée à la rétribution et à la dissuasion. Sauf exception, elle n'est pas explicitement utilisée comme fondement critique de l'exclusion sociale. L'incarcération n'est pas valorisée, mais généralement, elle n'est pas non plus remise en question sur la base de son inadéquation avec les objectifs non punitifs poursuivis par l'idéal du traitement. En gros, ce qui ressort du discours, c'est un point de vue favorable à la réhabilitation et réfractaire aux autres théories de la souffrance : le discours n'ira cependant pas plus loin dans la réflexion. Faut-il présupposer que l'exclusion sociale demeure importante? Nous pourrions le penser, mais nous ne pouvons pas, à cet égard—comme nous avons pu le faire pour le point de vue correctionnel—nous appuyer sur notre matériel empirique pour le confirmer. Sur cette question, l'empirie demeure silencieuse.

¹⁸³ John Howard Society of Ontario, Brief to the Committee on Corrections: Criminal Records, January 5th, 1967, 2 pages. Volume 5. Dossier: Briefs - The John Howard Society.

Nous pouvons toutefois considérer ici les rares cas où une organisation communautaire mobilise en effet la théorie de la réhabilitation pour dénoncer le principe voulant que la réinsertion sociale de l'individu oblige préalablement son exclusion. Mais il est peu probable que ce positionnement critique soit représentatif du discours communautaire pris dans son ensemble. Il est plus probable qu'il constitue au contraire un point de vue minoritaire, voire marginal. Mais ce qui importe, ce sont les idées dans leur variété et non dans leur représentativité. Considérons donc ces rares exceptions.

Dans le discours du communautaire, le point de vue critique part du principe que le « physical confinement is not the only available means of controlling and changing behaviour », que la « Canadian Criminal Law, the courts of criminal jurisdiction, and the correctional system have relied too much on imprisonment » (Association des travailleurs sociaux du Manitoba)¹⁸⁴.

On reproche notamment aux institutions de détention d'entretenir deux auto-descriptions organisationnelles difficilement réconciliables, voire contradictoires : l'une d'elles définit le lieu carcéral comme un lieu de châtiment, l'autre le définit plutôt comme un lieu d'apprentissage et de correction. Les deux auto-descriptions étant, sur plusieurs points fondamentaux, foncièrement opposées l'une à l'autre, toute forme de compromis ne se fera généralement qu'en faveur de l'une et au détriment de l'autre : plus souvent qu'autrement, c'est toute la perspective de la réhabilitation de l'individu qui s'en trouvera compromise. La Société John Howard de l'Ontario s'inspire ici des propos du directeur du *United States Federal Bureau of Prisons* pour définir le problème :

¹⁸⁴ Manitoba Association of Social Workers, Brief to Community Welfare Planning Council - Winnipeg Committee on Services for Juvenile and Adult Offenders, February 1962, 15 pages. Volume 5. Dossier: Briefs – Associations.

[In] our prisons as correctional institutions [...] there is a constant conflict of objectives which creates difficulties in the rationalization of treatment goals in a setting of punishment. James V. Bennett, the Director of the United States Federal Bureau of Prisons, sums up this conflict of objectives. “Our modern system is proceeding on a rather uncertain course because its administration is necessarily a series of compromises. On the one hand the prisons are expected to punish, on the other hand they are supposed to reform. They are expected to discipline rigorously at the same time that they teach self-reliance. They are built to be operated as vast impersonal machines yet they are expected to fit men to live normal community lives. They operate in accordance with fixed autocratic routine yet they are expected to develop individual initiative. All too frequently restrictive laws force prisoners into idleness despite the fact that one of their primary objectives is to teach men how to earn an honest living. They refuse a prisoner a voice in self government; but they expect him to become a citizen in a democratic society” (La Société John Howard de l’Ontario)¹⁸⁵.

Pour la Société John Howard, la solution ne sera pas tant de réformer l’institution carcérale, mais plutôt de privilégier la réhabilitation dans des cadres non conflictuels qui n’impliquent pas des critères et des objectifs d’exclusion sociale. La théorie de réhabilitation de la seconde modernité commence à se profiler comme une théorie alternative. Plusieurs avantages y sont associés.

Le traitement dans la communauté présente d’abord l’avantage d’être moins coûteux en termes de ressources. Il implique par ailleurs moins d’empiètement sur les droits et libertés individuels. Il permet également à l’individu de continuer d’assumer ses responsabilités familiales et économiques et d’entretenir ainsi des liens sociaux considérés importants sur le plan de son intégration sociale.

It is our belief that [...] more reliance on community based programs is less costly, minimizes disruption to the offender’s family, and demands of him a contribution to the community rather than becoming a drain

¹⁸⁵ John Howard Society of Ontario, Brief to the Committee on Corrections: Criminal Records, January 5th, 1967, 2 pages. Volume 5. Dossier: Briefs - The John Howard Society.

upon its resources. The Criminal law must protect society, but it must also protect the civil rights of the offender and of the person alleged to have committed an offence. [...] Segregation from society suspends the offender's responsibilities and obligations to society and removes from the community its rightful role in helping the offender to better assume his responsibilities and otherwise to assist in his rehabilitation. Treatment that is based to the greatest extent possible within the community minimizes the disruption to the offender's life and calls upon him to more responsibly assume his social and economic obligations (Association des travailleurs sociaux du Manitoba)¹⁸⁶.

Ces remarques favorisent l'institutionnalisation d'un nouveau principe dans la détermination de la sanction du droit criminel, celui du « minimal restriction with maximum contact » (Association des travailleurs sociaux du Manitoba)¹⁸⁷. En s'inspirant de ce principe innovateur, les idées peuvent se montrer plus ouvertes aux sanctions alternatives, plus ouvertes que ne le sont celles des organisations communautaires et correctionnelles ancrées dans la théorie de la réhabilitation de la première modernité et éminemment plus ouvertes que ne le sont également celles des organisations policières centrées sur la théorie de la dissuasion. Elles ne valorisent en effet ni l'exclusion sociale en soi ni la dimension afflictive de la sanction du droit criminel. Ce qu'elles valorisent, c'est le traitement dans une forme d'intervention où le contrôle institutionnel serait minimal et la préservation des liens sociaux positifs entre l'individu et la communauté serait quant à elle maximale. Il s'agit d'un point de vue tout à fait exceptionnel. Dans le prochain chapitre, il nous restera à voir s'il a tout de même pu retenir favorablement l'attention de la Commission Ouimet.

¹⁸⁶ Manitoba Association of Social Workers, Brief to Canadian Committee on Corrections, June 12, 1967, 17 pages. Volume 5. Dossier: Briefs – Associations.

¹⁸⁷ Ibid.

Pour les organisations communautaires qui s'inscrivent dans cette conception innovatrice de la réhabilitation, la sanction de la probation représente la sanction alternative à privilégier.

Probation properly administered best exemplifies the earlier stated objective of correctional practice, that is, a minimal restriction with maximum contact. Probation should be the sentence of choice unless circumstances rule against its use (Association des travailleurs sociaux du Manitoba)¹⁸⁸.

La probation devrait ainsi non seulement se généraliser davantage, mais se concevoir aussi comme une véritable sanction alternative. Or, à l'époque, les dispositions du Code criminel canadien régissant le recours à la probation ne permettaient ni l'un ni l'autre. À la généralisation de la probation, les dispositions de l'article 638 du Code criminel canadien venaient faire obstacle. À la conception de la probation comme sanction *alternative* à l'incarcération, ce sont les dispositions de l'article 637 qui étaient en cause. Dans les deux cas, nous allons voir comment.

Les organisations communautaires favorables à la probation s'attaquent d'abord aux dispositions de l'article 638. L'article prévoyait que la sanction de la probation comme alternative à l'incarcération ne pouvait être admise que lorsque la personne reconnue coupable d'une infraction n'avait aucune autre condamnation à son dossier (art. 638, al.1) à moins que cette condamnation ait eu lieu plus de cinq ans avant la perpétration de l'infraction pour laquelle on considérait la probation (art. 638, al. 5).

Selon l'*Association des travailleurs sociaux du Manitoba*, ces restrictions sont problématiques sur le plan de la généralisation de la probation, mais

¹⁸⁸ Manitoba Association of Social Workers, Brief to Canadian Committee on Corrections, June 12, 1967, 17 pages. Volume 5. Dossier: Briefs – Associations.

elles sont en même temps révélatrices d'un problème encore plus fondamental en matière de droit criminel : elles montrent bien à quel point, en dépit des critiques qui ont été formulées sur la question de l'incarcération, le droit criminel n'était pas prêt, ici, à abandonner la sanction dominante et à considérer sérieusement la possibilité qu'une sanction non carcérale puisse devenir « the sentence of choice » :

It is apparent by the restrictions that the Criminal Code places, on the use of probation and the disproportionate number of offenders sentenced to imprisonment [...] that imprisonment has long been our prime weapon against crime, and with meagre results to show for the experience. Comparison of statistics showing the proportion both of imprisoned persons in relation to total population and to total number of convicted offenders in Canada as compared with Britain and other European countries, is startling and, surely, puts the onus of proof on those defending our present disproportionate use of imprisonment here, rather than on those advocating greater development of alternative methods. When we consider the timid and limited use we are making of these alternative methods, it would seem that we are either reluctant to change older methods in dealing with offenders, or are indifferent to their plight (Association des travailleurs sociaux du Manitoba)¹⁸⁹.

Les dispositions de l'article 638 qui contribuent à la marginalisation de la probation plutôt qu'à sa généralisation seront ainsi contestées.

Du point de vue des organisations communautaires, la décision de recourir ou de ne pas recourir à la probation est une décision que l'on devrait laisser « entirely to the discretion of the court » (Société John Howard de l'Ontario)¹⁹⁰. Plusieurs recommandent l'abrogation des dispositions restrictives de l'article 638 du Code criminel canadien.

¹⁸⁹ Manitoba Association of Social Workers, Brief to Canadian Committee on Corrections, June 12, 1967, 17 pages. Volume 5. Dossier: Briefs – Associations.

¹⁹⁰ John Howard Society of Ontario, Brief to the Committee on Corrections: Probation, February 16 th, 1967, 3 pages. Volume 5. Dossier: Briefs - The John Howard Society.

The objectives of probation must surely be to re-habilitate, or in some cases habilitate, the offender. The high degree of success todate makes this service important to society. Quite simply we say that anyone whom the court feels could be helped by the use of probation, should so be treated. The answer may appear to be too simple, but we rely in the judgement of the courts for sentences and why not for probation. Therefore it seems expedient to remove restrictions on probation which are included in section 638 of the criminal code (The Salvation Army)¹⁹¹.

The Criminal Code should at all times provide the possibility for probation and only if the individual cannot be safely released on probation should any other sentences be considered. In other words, the arbitrary restrictions that at present prevent the use of probation in sentencing should be removed (Association des travailleurs sociaux du Manitoba)¹⁹².

Quant aux dispositions du code relatives à l'article 637, les organisations communautaires leur reprochent de « dénaturer » le bien-fondé de la probation.

Prenant appui sur cet article, les tribunaux pouvaient en effet non seulement sanctionner un individu à une période de détention, mais exiger en outre qu'il s'engage à respecter, au terme de cette sentence, certaines conditions qui lui auraient été spécifiées.

Au lieu de se présenter comme une alternative à l'incarcération, la sanction de la probation « post-carcérale » se présentait plutôt comme une sanction additionnelle. Pour cette même raison, les organisations communautaires vont considérer « that Section 637 which imposes a sentence followed by supervision is

¹⁹¹ The Salvation Army. Brief to the Canadian Committee on Corrections. Mr. Justice Roger Ouimet. 1 March 1967, 12 pages. Volume 5. Dossier: Briefs - Associations 2.

¹⁹² Manitoba Association of Social Workers, Brief to Canadian Committee on Corrections, June 12, 1967, 17 pages. Volume 5. Dossier: Briefs - Associations.

contrary to the general objectives of probation » (La Société John Howard de la Saskatchewan)¹⁹³.

Par ailleurs, la forme que prenait la probation dans le cadre de l'article 637 du Code criminel canadien ne favorisait aucunement le principe du « minimal restriction » ni aucun des objectifs reliés à un projet de réhabilitation « with maximum contact » avec la communauté. Les organisations communautaires considéreront donc important de neutraliser cet obstacle et recommanderont conséquemment l'abrogation de cet article.

Section 637 provides that a period of probation may be authorized following another sentence such as imprisonment. This does not conform to the assumption that probation should accompany the suspending of sentence for rehabilitative purposes rather than utilize a jail sentence which has more punitive concomitants. [...] Hence, section 637 should be withdrawn from the Criminal Code (La Société John Howard de l'Ontario)¹⁹⁴.

Au terme de cette analyse, on peut dire que la contribution des organisations communautaires n'est pas tant d'avoir proposé une sanction nouvelle en matière de droit criminel—la probation existait déjà dans l'arsenal des sanctions disponibles—mais bien d'avoir indiqué les obstacles à sa généralisation et à la possibilité qu'elle puisse se concevoir et s'appliquer comme une sanction *autonome*. Leurs considérations sont des considérations d'usage et non des considérations relatives à l'innovation *cognitive*. Par contre, le principe du « minimum restriction with maximum contact » sur lequel ces considérations se sont fondées peut quant à lui être théoriquement considéré dans le cadre de l'innovation cognitive : le principe

¹⁹³ The John Howard Society of Saskatchewan, Submission to the Canadian Committee on Corrections, Section A, Part I - General Principles & Philosophy of the Law. Volume 5 Dossier: Briefs - The John Howard Society.

¹⁹⁴ John Howard Society of Ontario, Brief to the Committee on Corrections: Probation, February 16 th, 1967, 3 pages. Volume 5. Dossier: Briefs - The John Howard Society.

permet en effet de renverser la logique d'une rationalité pénale moderne favorisant la réhabilitation au pénitencier; le pénitencier comme lieu par excellence du « maximum restriction with minimum contact ». Le principe qu'on nous propose ici ne reconduit par ailleurs ni l'idéal de la souffrance ni celui de l'exclusion sociale. Par ce principe, les organisations communautaires viennent plutôt s'inscrire dans les trames discursives d'une théorie de la réhabilitation qui favorise, tout au long du processus d'intervention, l'inclusion sociale de l'individu. Sur ce plan, le discours des organisations communautaires participe de fait à l'émergence d'une idée innovatrice, voire d'un système de pensée alternatif en matière de droit criminel.

4.3 Les points de vue dans l'univers juridique

4.3.1 Les professionnels du droit

Le point de vue des professionnels du droit regroupe les points de vue des juges et magistrats ainsi que ceux des associations du droit. Les premiers sont des points de vue pris à *titre personnel*. Les seconds sont des points de vue pris à *titre collectif*¹⁹⁵. Nous allons ici, à partir de cette distinction, développer une hypothèse qui pourrait avoir des implications importantes pour l'analyse. L'hypothèse est la suivante : les idées reconduites à titre personnel par les juges et magistrats participent *directement* à la détermination du droit, tandis que la participation des idées reconduites à titre collectif par les associations est à cet égard plus indirecte. Avant de considérer les implications pratiques de cette hypothèse, considérons d'abord ses fondements théoriques.

¹⁹⁵ Nous avons annoncé dans notre chapitre méthodologique (page 113) que cette distinction était susceptible de devenir importante dans l'analyse. On comprend ici pourquoi.

Lorsque des individus s'associent entre eux pour construire un point de vue *collectif*, les décisions relatives à la sélection des idées à privilégier ou à écarter ne sont pas le privilège d'un seul individu, mais bien celui d'un ensemble d'individus. Pour favoriser la création du consensus et la cohérence du discours, les subjectivités individuelles participantes doivent généralement accepter certains compromis. Les idées de tout un chacun ne peuvent pas toutes être représentées dans un seul et même discours. Les idées que défendront certaines associations peuvent en ce sens ne pas être celles que chacun des membres peut ailleurs défendre à titre personnel. En d'autres termes, on ne peut pas ici écarter la possibilité que les idées qui apparaissent dans le discours des associations du droit ne correspondent pas à celles que privilégie personnellement un juge ou un magistrat membre de cette association. L'association peut par exemple souscrire à la théorie de la réhabilitation, ce qui n'empêche aucunement que le juge ou le magistrat membre de cette association puisse personnellement continuer d'accorder la priorité à la théorie de la rétribution.

Quel est le lien avec notre hypothèse? Il faut voir ici que les associations du droit ne prennent pas de décisions judiciaires. Dans l'enceinte du tribunal, ce sont plutôt les juges et les magistrats qui prennent les décisions. Ce serait donc bel et bien le point de vue personnel du juge et non celui de l'association qui est plus susceptible de faire une différence dans la détermination du droit. Bien sûr, les points de vue collectifs des associations peuvent exercer une certaine influence sur les subjectivités individuelles de leurs membres, mais on ne peut pas dire pour autant que ces associations participent au processus décisionnel d'un tribunal, du moins pas directement.

Pour l'analyse, les implications de cette hypothèse sont importantes. Sur certaines questions spécifiques, notamment celles relatives à l'ordre de priorité qui sera accordé aux différentes théories de la peine, les discours des professionnels

du droit tenus soit à titre personnel soit à titre collectif ne s'orientent cognitivement pas tout à fait de la même manière selon le cas. Les prises de positions personnelles se fondent essentiellement sur les théories de la dissuasion et de la rétribution, tandis que les prises de positions collectives se fondent plutôt sur la théorie de la réhabilitation.

Dans nos documents d'archives, les points de vue personnels et collectifs des professionnels du droit se distribuent dans deux types de documents. Le premier type de document regroupe *les mémoires* qui ont été soumis à la Commission Ouimet par des juges, des magistrats ou des associations du droit : les points de vue peuvent être pris à titre personnel ou encore à titre collectif. Le deuxième type de document est *un questionnaire* qui a été soumis aux juges et magistrats des différentes provinces canadiennes sur la question des châtiments corporels comme sanction judiciaire¹⁹⁶. Les répondants devaient se positionner à titre personnel, mais pouvaient garder l'anonymat : le « Je » parle en son propre nom sans jamais se nommer.

Dans le questionnaire de la Commission, l'une des questions était : « Êtes-vous d'opinion que le Canada devrait abandonner ce type de punition comme l'ont fait plusieurs autres pays ? ». Cent quatre vingt dix neuf (199) répondants contre cent neuf (109) ont répondu « non ».

À la fin du questionnaire, dans leurs commentaires, les juges et magistrats nous expliquent pourquoi ils ont—pour la plupart—personnellement

¹⁹⁶ La question du châtiment corporel n'est pas centrale pour l'analyse, mais les motifs des répondants qui, par l'entremise de ce questionnaire, ont voulu le justifier ou l'invalider permettent d'éclairer les rapports que les professionnels du droit entretiennent avec certaines théories de la peine lesquelles sont tout à fait centrales pour l'analyse.

considéré important de retenir au Canada les châtiments corporels comme sanction judiciaire.

Pour plusieurs, il aurait été acceptable de recommander l'abolition des châtiments corporels si nos sociétés contemporaines n'avaient pas été aux prises avec un problème inquiétant : celui du déclin de la morale. Dans le contexte actuel, faute de mieux, le châtiment corporel représente pour eux une solution palliative. Bon nombre croient en effet que la menace dissuasive de l'affliction corporelle protège la société.

In a world of more solid moral values the answer could be affirmative but in the present moral breakdown of our society we need corporal punishment to protect the majority especially against crimes against the person (Anonyme, juge ou magistrat, point de vue personnel)¹⁹⁷.

Les crimes contre la personne occupent une place centrale dans les préoccupations des juges et des magistrats. Ils ont l'impression que sans les châtiments corporels, le problème pourrait prendre des dimensions épidémiques. Que le risque soit ou non réel n'a pas d'importance pour l'analyse. Ce qui importe, c'est la perception qu'en ont les acteurs. Ce qui pour nous importe encore peut-être davantage, c'est leur manière de concevoir la solution.

Pour ces juges et magistrats, la solution se trouve dans la dissuasion. Là où d'autres systèmes sociaux auront échoué dans la socialisation des individus, là où ils n'auraient pas été en mesure de produire de « bons » sujets de droit, le système de droit criminel peut prendre la relève.

¹⁹⁷ Questionnaire : Corporal Punishment - Judges and Magistrates, Volume 16.

En communiquant efficacement le fait que les crimes seront punis et que par leurs passages à l'acte les infracteurs s'exposeront à des châtiments corporels, le système de droit criminel peut ainsi, par la menace et la peur, prévenir l'épidémie.

One of the main values of corporal punishment is to control an epidemic of a particular type of crime, e.g. robbery, gang rapes, etc., by deterring others from like offences. Its effectiveness depends upon the publicity the imposition of the sentence receives and the knowledge of potential offenders that they will be punished corporally (Anonyme, juge ou magistrat, point de vue personnel)¹⁹⁸.

Bien que d'autres sanctions du droit criminel soient investies d'une dimension afflictive, il est parfois considéré nécessaire de modifier le registre de l'affliction (Pires et Garcia, 2007). Les châtiments corporels permettent à cet égard de recourir au registre de l'affliction physique—par opposition à l'affliction psychique de l'incarcération (Foucault, 1975). Certains juges et magistrats vont non seulement s'opposer à leur abolition, mais ils vont par ailleurs recommander qu'on y ait davantage recours.

We are making the sentence of the hardened criminal too soft so that it ceases to have the deterrent effect it would if we applied more corporal punishment (Anonyme, juge ou magistrat, point de vue personnel)¹⁹⁹.

Si les juges et magistrats réaffirment ici leur foi dans la théorie de la dissuasion, d'autres commentaires nous laissent supposer l'influence d'une toute autre théorie de la peine.

¹⁹⁸ Questionnaire : Corporal Punishment - Judges and Magistrates, Volume 16.

¹⁹⁹ Ibid.

Pour certains répondants, ce n'est pas l'obligation utilitaire de la dissuasion qui motive la rétention et le recours aux châtiments corporels, mais bien une forme d'obligation morale que le droit entretiendrait envers les victimes d'actes criminels : « Surely the victim is entitled to sympathy and to see some punishment be given even if corporal » (Anonyme, juge ou magistrat, point de vue personnel)²⁰⁰.

Que l'on souscrive ou non à la théorie de la dissuasion, pour ces juges et magistrats, là n'est pas la question ou à tout le moins, ce n'est pas l'unique question qui importe. Il faut retenir les châtiments corporels parce qu'à travers eux, le droit peut communiquer aux victimes qu'il reconnaît les torts qu'elles ont pu subir en conséquence du passage à l'acte. La sémantique des hostilités que préconise la rationalité pénale moderne dans la définition du conflit est reconduite.

It is about time that some of these [...] « punks » got a taste of their own medicine (Anonyme, juge ou magistrat, point de vue personnel)²⁰¹.

I think it is high time that the velvet glove and molly-coddling treatment of these [...] hoodlums be brought to an end, and that corporal punishments be substituted (Anonyme, juge ou magistrat, point de vue personnel)²⁰².

L'hostilité qui est véhiculée dans le discours de ces juges et magistrats nous ramène progressivement aux fondements de la théorie de la rétribution; perspective selon laquelle, rappelons-le, le mal se guérit par le mal. Depuis le début de ce chapitre, les interlocuteurs de la Commission Ouimet l'avaient écartée, mais voilà qu'elle émerge à nouveau et qu'elle émerge, faut-il le dire, *dans les trames*

²⁰⁰ Questionnaire : Corporal Punishment - Judges and Magistrates, Volume 16.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid.

discursives de ceux et celles chargés d'appliquer la loi et de supporter les communications des organisations juridiques du centre (tribunaux). Les juges et magistrats vont considérer qu'en dépit des critiques dont cette théorie a pu faire l'objet « there is still a limited area in which the eye for an eye and a tooth for a tooth must be applied » (Anonyme, juge ou magistrat, point de vue personnel). Cette correspondance horizontale entre le mal subi et le mal à produire nous permettrait ainsi de protéger la société et d'assouvir en même temps un besoin « instinctif » nous conviant de répondre à l'hostilité par l'hostilité.

This form of punishment serves to meet punishment needs of the whole structure – community, police, courts and prosecutors and own “instinctive” needs to meet hostility with hostility (Anonyme, juge ou magistrat, point de vue personnel)²⁰³.

De l'avis de certains juges et magistrats, il est en effet important que le droit apprenne à se soucier davantage des victimes et que la justice soit plus sensible aux torts qu'elles ont pu subir en conséquence du passage à l'acte. Comme s'il s'agissait d'un corollaire obligé, la justice devrait par ailleurs se soucier moins des torts que le châtement pourrait faire subir au délinquant.

There is no reason why Society should guarantee the absolute safety of the body of a criminal when the bodies of decent, lay abiding citizens, [...] may be mutilated by the offender (Anonyme, juge ou magistrat, point de vue personnel)²⁰⁴.

Pour ces juges et magistrats, lorsque l'on évoque le droit du délinquant à la protection de son intégrité physique pour recommander l'abolition des châtements corporels, on le fait *pour* le délinquant et donc nécessairement *contre* les victimes.

²⁰³ Questionnaire : Corporal Punishment - Judges and Magistrates, Volume 16.

²⁰⁴ Ibid.

Tout se présente ici comme si les droits des victimes et les droits du délinquant étaient mutuellement exclusifs : si le capital de sympathie des victimes augmente, celui des délinquants diminue. Y aurait-il deux « droits de la personne »? Les droits de la personne seraient-ils—comme le droit à la liberté et à la protection de son intégrité physique—des droits conditionnels? Le délinquant serait-il une personne de moindre valeur que la victime?²⁰⁵ Quoi qu'il en soit, pour ces juges et magistrats, les gains qu'enregistrent les uns se traduisent en pertes pour les autres : penser aux droits de la personne du délinquant, c'est de ne pas considérer sérieusement les torts qu'ont subis les victimes.

Those people who advocate the abolition of corporal punishment forget the victim entirely (Anonyme, juge ou magistrat, point de vue personnel)²⁰⁶.

I am so fed up with Society and its agents being so concerned with the people who get themselves involved in crime and at the same time showing such a lack of concern for the victims of crime (Anonyme, juge ou magistrat, point de vue personnel)²⁰⁷.

L'argument n'est pas uniquement reconduit pour justifier le châtement corporel, il est aussi reconduit pour justifier la peine de mort. L'individu qui a été condamné à mort doit être mis à mort. La commutation de sa sentence par l'emprisonnement à perpétuité est une pratique que l'on considère inacceptable. Elle est d'autant plus inacceptable que cette pratique peut impliquer qu'après un certain temps, l'individu soit admissible à une libération conditionnelle. À travers ces pratiques, le droit fait preuve de « faiblesses envers les criminels »; faiblesses « marquées d'une émotivité déraisonnable » (Anonyme, Juge de la Cour supérieure,

²⁰⁵ Sur ce paradoxe, voir Pires 1995, Pires 2007, Pires et Garcia 2007.

²⁰⁶ Questionnaire : Corporal Punishment - Judges and Magistrates, Volume 16.

²⁰⁷ Questionnaire : Corporal Punishment - Judges and Magistrates, Volume 16.

point de vue personnel)²⁰⁸, mais il fait également preuve d'un manque d'empathie envers les victimes. En voulant ainsi réduire la sévérité de la sentence initiale, le droit ne serait plus en mesure de communiquer efficacement, avec force, qu'il reconnaît les torts qu'ont subis les victimes.

Un condamné à mort qui a eu une commutation de sentence à vie se verra le droit, après sept (7) ans de détention, de demander sa libération conditionnelle [...]. Cette personne vivra, aura le plaisir de goûter aux charmes de la vie, même en prison, avec la grande espérance de demander sa libération et de l'obtenir [...] C'est inimaginable de penser que cette disposition même existe : cette disposition [...] a tendance à oublier les victimes mortes ou devenues infirmes [...] pour ne penser qu'à la personne qui a tué, ou volé et qui mérite un châtement adéquat. Est-ce justice envers la victime? (Anonyme, Juge de la Cour supérieure, point de vue personnel)²⁰⁹.

La société devra donc établir ses priorités et la sémantique de la protection reconduit les hostilités *contre* le délinquant. Mais s'opposer aux châtements corporels sur la base des valeurs et principes des droits de la personne n'est pas seulement prendre position *pour* le délinquant, c'est aussi et peut-être même surtout vouloir en même temps abandonner un moyen de protection *pour* la société. Pour certains juges et magistrats, la question est alors de savoir pourquoi abandonner un outil qui peut encore, selon eux, nous être utile sur le chantier. Il faut résister à l'argument des droits de la personne, retenir les châtements corporels et ne pas permettre aux « do gooders » de compromettre la protection de la société.

I feel that the Parliament of Canada has voted to retain punishment and I feel that it should now be enforced without letting the “do gooders” take over society (Anonyme, point de vue personnel)²¹⁰.

²⁰⁸ Anonyme - Juge de la Cour Supérieure (district Montréal). Mémoire au Comité de la Réforme Pénale et Correctionnelle. 10 pages, Volume 7. Dossier: Briefs - Judges and Magistrates.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Questionnaire : Corporal Punishment - Judges and Magistrates, Volume 16.

Si la seule préoccupation des juges et magistrats avait été d'accorder plus d'importance aux préjudices que subissent les victimes d'actes criminels, on aurait pu ici se tourner vers des sanctions alternatives non afflictives, comme par exemple la réparation ou le dédommagement. Plusieurs avantages y auraient été associés.

Ces sanctions n'auraient porté aucune atteinte à l'intégrité physique du délinquant. Pour les légitimer, il n'aurait par conséquent pas été nécessaire de fermer les yeux sur les droits de la personne ni de froisser d'autres idéaux qui dans une même société peuvent par ailleurs nous tenir à coeur.

Aussi, bien que ces sanctions ne soient pas des sanctions afflictives, en les formalisant dans les structures normatives du système de droit criminel, elles continueraient alors de représenter, au même titre qu'une autre sanction, des conséquences juridiques formellement organisées par le droit criminel pour faire justice.

Finalement, ce n'est pas parce que ces sanctions auraient abandonné l'idéal de la souffrance et qu'elles viendraient offrir aux délinquants une meilleure protection contre les atteintes à leur intégrité physique qu'on ne peut pas à travers elles continuer de dénoncer les préjudices qu'ont pu subir les victimes en conséquence du passage à l'acte. Bien au contraire, au terme d'un processus juridico-pénal qui se clôture par la condamnation du délinquant, il n'est pas rare que la victime de l'acte criminel se sente laissée-pour-compte. Symboliquement, on aura certes reconnu les préjudices qui auront résulté du passage à l'acte et puni le responsable en conséquence, mais cette forme de justice demeure souvent fort abstraite pour la victime qui souhaitait que la démarche entreprise sur le plan

judiciaire puisse en bout de ligne lui permettre d'obtenir une forme de compensation plus concrète. La reconnaissance des torts subis peut aussi se concevoir dans la reconnaissance des réparations ou dédommagements possibles.

En insistant sur l'obligation de guérir le mal par le mal et de répondre à l'hostilité par l'hostilité par l'entremise des sanctions usuellement privilégiées par le droit criminel, ici, les juges et magistrats auront pour leur part choisi de reconduire un système de pensée qui est négatif dans sa conception de l'intervention, hostile au délinquant et abstrait sur le plan des compensations.

Sur plusieurs points, les points de vue collectifs des associations du droit vont croiser ceux que défendent les juges et les magistrats à titre personnel. La théorie de la dissuasion demeure bien présente.

The sentence should have the element of deterrence in it, both so that the offender will not repeat his offence and so that the general public will realize that a behaviour, such as this brings punishment (Association des magistrats de l'Ontario, point de vue collectif)²¹¹.

The function of sentencing is the protection of society from the actions of its criminally anti-social members. Society is [...] protected when a just sentence serves to deter others from committing crimes (Association du Barreau canadien)²¹².

Quant à la théorie de la rétribution, bien que les associations du droit reconnaissent que « the public still considers that an offender should be punished as a residuary form of “an eye for an eye” », elles croient et acceptent pour leur part que

²¹¹ Ontario Magistrates Association. Brief to the Canadian Committee on Corrections, July 31 1967, Volume 7. Dossier: Briefs- Judges and Magistrates.

²¹² The Canadian Bar Association. Brief to the Canadian Committee on Corrections, November 1967. 11 pages (plus annexes). Volume 5. Dossier: Briefs - Associations # 2.

« the idea of pure²¹³ punishment is becoming less and less a factor in sentencing » (Association des magistrats de l'Ontario)²¹⁴.

La priorité reviendrait-elle ainsi aux objectifs de la dissuasion? Pas nécessairement. Certaines associations admettent l'importance de la dissuasion, mais concèdent la priorité aux objectifs de la réhabilitation. La réhabilitation viendrait offrir à la Société les meilleures garanties sur le plan de sa protection : « It is submitted that the public is best protected when the sentences imposed [...] serve to rehabilitate » (Association du Barreau canadien)²¹⁵.

Il faut toutefois rester prudent dans l'analyse : à quoi se réfère l'Association du Barreau canadien lorsqu'elle parle de réhabilitation? Nous renvoie-t-elle vraiment à la théorie de la réhabilitation? Nous renvoie-t-elle plutôt, un peu comme ont pu le faire les organisations policières, à la réhabilitation par la dissuasion? En posant le problème dans les termes de Bentham (1840 : 22), la sanction (sentence) à laquelle elle se réfère implique-t-elle un volet éducatif voulant ôter le *désir* du passage à l'acte (réhabilitation) ou implique-t-elle une dimension strictement afflictive voulant ôter l'*audace* qu'exige le passage à l'acte (dissuasion)? Les implications de cette distinction sont importantes.

²¹³ Qu'est-ce qu'une peine « pure » ici? Nous pouvons penser que l'Association des magistrats de l'Ontario soit ici en train de faire référence à une sanction dont la seule visée est de punir : punir pour punir. Une peine pure serait donc une peine administrée sans visée utilitariste. Mais même si on admettait avec l'association que les visées utilitaristes de la dissuasion ou de la réhabilitation peuvent se présenter comme la norme et les visées rétributives comme l'exception, cet état de fait serait-il suffisant pour parler d'un changement significatif en matière de droit criminel? Dans la mesure où les visées utilitaristes permettent de faire au moins ce que permettent de faire les visées rétributives, on peut douter de la portée du changement.

²¹⁴ Ontario Magistrates Association. Brief to the Canadian Committee on Corrections, July 31 1967, Volume 7. Dossier: Briefs- Judges and Magistrates.

²¹⁵ The Canadian Bar Association. Brief to the Canadian Committee on Corrections, November 1967. 11 pages (plus annexes). Volume 5. Dossier: Briefs - Associations # 2.

Si les objectifs de la dissuasion se fondent sur un principe de proportionnalité verticale de la peine—la sanction doit représenter un degré de souffrance plus grand que les plaisirs associés au passage à l’acte—la théorie de la réhabilitation, on l’a dit, considère pour sa part les excès de sévérité comme des obstacles à l’efficacité du traitement. Les associations du droit qui ont privilégié la réhabilitation semblent à cet égard avoir retenu les enseignements de cette dernière théorie : « In the area of reform, it is considered that harsh punishment simply breeds resentment and the desire in a prisoner to retaliate when he is released » (Association des magistrats de l’Ontario)²¹⁶.

Ici, *reform* renvoie à « réformation ». Réformer un individu, c’est le réhabiliter : il est réhabilité lorsqu’en lui, le désir du passage à l’acte n’est plus actif. La souffrance dissuasive peut enlever l’audace, mais le désir peut rester actif. Intimidé par la peine, l’individu peut éviter le passage à l’acte, mais pour le réformer, l’intimidation n’est pas suffisante, les qualités de la sanction doivent notamment favoriser des apprentissages. Or, le ressentiment (*resentment*) ne fait pas partie des apprentissages valorisés et si les sanctions y contribuent, c’est qu’elles n’ont pas encore les qualités réhabilitatrices requises. À celles-là, l’Association des magistrats de l’Ontario s’oppose. Suivant ce raisonnement, on peut faire l’hypothèse que la réhabilitation qui est ici valorisée par l’organisation est bel et bien la même réhabilitation qui est valorisée par la théorie de la réhabilitation et non celle de la théorie de la dissuasion.

Si on accepte de donner théoriquement la priorité à la théorie de la réhabilitation, le processus décisionnel menant à la détermination de la peine doit néanmoins tenir compte de toute une série de considérations factuelles, notamment de

²¹⁶ Ontario Magistrates Association. Brief to the Canadian Committee on Corrections, July 31 1967, Volume 7. Dossier: Briefs- Judges and Magistrates.

la nature de l'infraction, de la personnalité du délinquant, mais aussi des « consequences of punishment or imprisonment upon both the defendant, and his dependants » (Association des magistrats de l'Ontario)²¹⁷.

Ici, contrairement aux points de vue personnels des juges et des magistrats, les associations du droit accordent une certaine importance aux torts que la punition/l'incarcération pourrait faire subir au délinquant et à ses proches. Cet aspect doit faire partie des considérations à évaluer dans la prise de décisions relatives à la détermination de la sentence. Ni le passage à l'acte ni la considération des victimes ne pourraient en soi justifier que l'on ne puisse pas en même temps tenir compte des intérêts du condamné.

Qu'il s'agisse ou non d'une perspective inspirée d'une plus grande empathie vis-à-vis du délinquant, ce n'est pas tellement ce qui importe ici. Ce qui importe davantage, c'est que cette obligation formelle de considérer les conséquences de l'intervention sur l'individu et son entourage peut—du moins en partie—freiner nos pulsions vindicatives lorsque, justement, cette empathie ou cette éthique de l'autre viendrait à nous manquer.

Cette obligation nous permet par ailleurs de contourner certains pièges cognitifs associés à la protection de la société. Ici, aux intérêts de la société en général viennent se greffer ceux du délinquant et de ses proches. Dans l'idéal de justice de la théorie de la dissuasion, la sémantique nous pousse à prendre partie pour les uns et contre les autres. Dans l'idéal de justice de la théorie de la réhabilitation, il n'y aurait pas de deuil à faire : elle peut considérer sur un même plan, comme faisant partie de son idéal de justice, autant les intérêts de la société en général que ceux du délinquant et de ses proches.

²¹⁷ Ontario Magistrates Association. Brief to the Canadian Committee on Corrections, July 31 1967, Volume 7. Dossier: Briefs- Judges and Magistrates.

Dans cette justice bidirectionnelle que défend la théorie de la réhabilitation, il n'est certes pas obligatoire de faire souffrir, mais l'obligation d'exclure socialement—on l'a dit—peut continuer de demeurer une exigence formelle. La question est maintenant de savoir comment les organisations du droit vont ici se positionner par rapport à cette exigence.

De façon générale, on fait intervenir la théorie de la réhabilitation de la seconde modernité pour accorder la priorité aux sanctions non carcérales, à la probation, à la sentence suspendue ou à l'amende. En principe, nous devrions privilégier ces sanctions « whenever such dispositions are conducive to rehabilitation and are not detrimental to public safety » (Association du Barreau canadien)²¹⁸. Par contre, « dangerous offenders should be removed from society and correctively treated in custodial institutions for such time as they are dangerous » (Ibid).

Ce raisonnement n'entrerait pas nécessairement en contradiction avec la théorie de la réhabilitation de la seconde modernité : il donne la priorité au traitement en milieu ouvert, mais il n'en fait pas une obligation formelle. La théorie de la réhabilitation de la seconde modernité admet que des individus puissent dans certains cas représenter en effet un risque grave et imminent pour autrui. Dans ces cas, elle ne s'oppose pas à la neutralisation par la détention.

Mais la théorie permet en même temps d'observer que ces cas ne sont pas représentatifs de la majorité des individus qui ont été et qui sont encore incarcérés dans nos prisons occidentales. Ce qu'elle recommande, c'est un meilleur usage de l'ensemble des ressources disponibles, qu'elles soient communautaires ou carcérales.

²¹⁸ The Canadian Bar Association. Brief to the Canadian Committee on Corrections, November 1967. 11 pages (plus annexes). Volume 5. Dossier: Briefs - Associations # 2.

En résumant notre propos *de façon générale*, on peut dire que le discours des professionnels du droit reconduit tous les fondements théoriques qui ont été privilégiés par la rationalité pénale moderne pour légitimer l'idéal de la souffrance et celui de l'exclusion sociale. *De façon plus spécifique*, on remarque toutefois des différences importantes entre les points de vue personnels et collectifs. Les premiers mettent l'accent sur les théories de la rétribution et de la dissuasion et reconduisent ainsi l'idéal de la souffrance. Quant à la théorie de la réhabilitation, elle n'apparaît pas dans le discours personnel des juges et des magistrats, mais il peut ici s'agir d'un effet induit par le questionnaire. Elle occupera toutefois une place bien centrale dans celui des associations du droit. Si ces associations continueront de croire que les objectifs de la dissuasion sont importants en matière de droit criminel, c'est à ceux de la réhabilitation qu'elles accorderont la priorité. Quant à la théorie de la rétribution, les organisations ne semblent plus lui accorder l'importance que le système de pensée dominant a pu lui accorder.

En accordant moins d'importance à la dissuasion que les juges et magistrats, les associations du droit paraissent en mesure d'accorder aussi moins d'importance à l'idéal de la souffrance. Le déplacement de la dissuasion vers la périphérie pourrait ainsi créer une ouverture de sens favorable à la variété. Les associations du droit semblent avoir profité de cette ouverture pour recentrer le discours sur la théorie de la réhabilitation. Par ailleurs, elles ne semblent pas être opposées à la théorie de la réhabilitation de la seconde modernité. Les idées qu'elles ont ici actualisées ne sont pas nécessairement formulées dans la forme d'un principe qui oblige l'exclusion sociale du délinquant. Certaines idées semblent en effet accepter la possibilité de privilégier le traitement en milieu ouvert. En mobilisant davantage et plus explicitement la portée critique de la théorie de la réhabilitation, les associations du droit pourraient favoriser l'actualisation de la théorie de la réhabilitation de la seconde modernité; elles pourraient alors trouver le moyen d'entrer plus explicitement en rupture de sens avec la rationalité pénale moderne.

Du point de vue sociologique, le constat est paradoxal et même énigmatique. Comment expliquer en effet qu'à titre collectif, les professionnels du droit arrivent à se distancer de l'obligation de punir, d'affliger, alors qu'ils restent attachés à cette obligation à titre personnel? Dans les questionnaires, la protection de l'anonymat pour la grande majorité des points de vue personnels que nous avons considérés ici y serait-elle pour quelque chose? Certaines positions seraient-elles plus difficiles à défendre dans un contexte non anonyme, comme celui qui caractérise le contexte associatif? Les questions nous paraissent intéressantes, intrigantes même, mais il s'agit d'un tout autre objet de recherche.

Plus proche de nos préoccupations, apparaît un autre problème, un problème qui concerne la réforme du droit criminel moderne. Dans le cadre d'un projet visant la réforme de ce système social, l'émergence d'un système de pensée alternatif n'est qu'une étape et non l'aboutissement du processus. Si par rapport à l'*émergence* des idées innovatrices la contribution des juges et des magistrats n'est pas plus importante que ne peut l'être celle de la police, du correctionnel ou de tout autre acteur, on peut par contre difficilement penser sans elle la *stabilisation* d'un système de pensée alternatif en matière de droit criminel. Une commission de réforme peut se charger de créer la variété, mais elle ne peut pas se substituer aux juges et aux magistrats à qui revient la tâche de la sélectionner et de la stabiliser dans le processus judiciaire. Le fait d'avoir observé chez ces acteurs-décideurs que sont les juges et magistrats une forte résistance aux idées innovatrices et une adhésion normative presque inconditionnelle aux idées de la rationalité pénale n'est pas seulement un problème du point de vue de l'émergence d'un système de pensée alternatif dans le droit criminel, c'est aussi et peut-être même surtout—du moins à court terme—un problème fondamental du point de vue de l'évolution identitaire de ce sous-système juridique.

Ceci dit, avec le temps (et sans doute par le biais d'une meilleure formation professionnelle et d'une plus grande conscientisation des conséquences reliées aux sanctions du droit criminel)²¹⁹, il n'est toutefois pas exclu que les juges et magistrats, à titre personnel, suivent le courant des associations du droit et qu'ils apprennent progressivement à apprivoiser l'innovation, à se libérer des impératifs de la redondance et à penser tout autrement et plus positivement le rôle du droit criminel dans la société occidentale.

4.3.2 Les juristes

Le point de vue des juristes est à bien des égards semblable à celui des associations du droit, mais différent de celui des juges et magistrats.

Les professeurs des facultés de droit canadiennes s'entendent pour dire qu'il est grand temps de renverser les tendances dominantes du « sentencing » : « the trend should be away from punishment and toward correction, toward action out of understanding and objective appraisal of alternatives, rather than out of fear and hate » (Professeur Ronald Price, Faculté de droit à l'Université Queens, Ontario).

À cet effet, pour le professeur Halyk de la faculté de droit de l'Université de la Saskatchewan, « more emphasis should be put on the individual,

²¹⁹ Ce n'est pas un jugement de valeur gratuit que nous sommes ici en train de faire. Nous faisons tout simplement écho aux remarques de la Commission Ouimet selon lesquelles, il semblerait que « ceux qui sont chargés d'imposer les sanctions dans 95 p. 100 des affaires criminelles au Canada [tribunaux dits « inférieurs »] n'aient jamais été clairement instruits de la saine philosophie du « sentencing » ni du vrai visage des institutions correctionnelles disponibles » (Rapport Ouimet, 1969 : 179). La Commission insistera donc pour que « le juge de juridiction [soit] suffisamment au courant, non seulement de la philosophie de la sentence adoptée par la magistrature et le barreau, *mais aussi des conséquences réelles de toute sanction qu'il inflige* » (Ibid, 179; notre souligné).

rather than on the offence; [...] the primary aims, if possible, would be to rehabilitate (Professeur Halyk, propos recueillis par le président de la Commission Ouimet)²²⁰.

Bon nombre des mémoires soumis à la Commission Ouimet par les juristes ont formulé des critiques virulentes contre les systèmes correctionnels occidentaux. Non seulement sont-ils décrits comme étant économiquement coûteux, mais ils sont par ailleurs considérés incapables de répondre aux besoins des individus et de rencontrer efficacement les objectifs de la réhabilitation. Ces systèmes produisent des souffrances inutiles et peuvent alimenter l'hostilité des condamnés. En définitive, loin de protéger la société, le recours à l'incarcération peut même être pensé comme un facteur de récidive.

Imprisonment as a primary penal sanction is a recognized failure in Canada, in England, and in the United States. It does not reform or rehabilitate; on the contrary it increases the alienation of the prisoner and his family, promotes gratuitous suffering, and breeds recidivism. In addition imprisonment as a principal penal sanction imposes a substantial financial burden on the community (Professeur K.B. Jobson, Faculté de droit de l'Université de Dalhousie, Nouvelle-Écosse)²²¹.

Ce même point de vue est aussi clairement ressorti des rencontres que les membres de la Commission avaient organisées avec les représentants de différentes facultés de droit. Le Juge Roger Ouimet nous fait part du compte-rendu qui a suivi sa rencontre avec les professeurs de la faculté de droit de l'Université de la Saskatchewan :

²²⁰ Juges Ouimet, Notes personnelles, Meeting with the Representatives from the Law Faculty of the University of Saskatchewan. Volume 17. Dossier: Spare Copies - Saskatchewan.

²²¹ K.B. Jobson (University Dalhousie, Faculty of law), Brief to the Committee on Corrections, 12 pages, Volume 6. Dossier: Briefs - Individuals 1.

All those present agree that the present system does nothing for prisoners. It is completely unsatisfactory. [...] It seems to be a complete waste of time, worse than a waste of time, it is amounting to positive training into a life of crime (Professeurs de droit, Université de la Saskatchewan, propos recueillis par le président de la Commission Ouimet)²²².

Les juristes préconisent un recours aux sanctions alternatives à l’incarcération. Parmi les sanctions à privilégier, on parle surtout de la probation.

Les juristes craignent toutefois qu’il puisse être parfois difficile pour certaines personnes de reconnaître la probation comme une *sanction* du droit criminel; la sanction implique une certaine forme de contrôle, elle réduit les libertés individuelles, mais la dimension punitive n’est pas représentée, du moins, pas de manière aussi explicite qu’elle ne le serait avec l’incarcération. Ceci étant, les juristes insistent : la probation *est* une sanction judiciaire au même titre que l’incarcération et devrait être considérée comme telle, c’est-à-dire comme une sanction distincte et non comme une « non-sentence » ou une sentence *suspendue* avec conditions.

The reality is that probation is as much a ‘sentence’ as imprisonment. [...] Probation should be regarded as a distinct sentence in itself rather than a non-sentence or a suspended sentence with conditions as it is presently the case (Professeur K.B. Jobson, Faculté de droit de l’Université de Dalhousie, Nouvelle-Écosse)²²³.

Cette dernière remarque du professeur Jobson nous paraît particulièrement importante. Plusieurs autres interlocuteurs de la Commission Ouimet vont, comme ici, revendiquer l’importance de recourir aux sanctions alternatives en matière de droit criminel, mais très peu réussiront à concevoir les alternatives qu’ils

²²² Juges Ouimet, Notes personnelles, Meeting with the Representatives from the Law Faculty of the University of Saskatchewan. Volume 17. Dossier: Spare Copies - Saskatchewan.

²²³ K.B. Jobson (University Dalhousie, Faculty of law), Brief to the Committee on Corrections, 12 pages, Volume 6. Dossier: Briefs - Individuals 1.

privilégient comme des sanctions « autonomes », c'est-à-dire comme des sanctions judiciaires mettant définitivement un terme au conflit sans laisser présager la possibilité d'un éventuel recours à l'incarcération.

À cet égard, le professeur Jobson ne semble pas faire exception. Bien qu'il ait plus haut insisté sur le statut distinct de la probation et qu'il l'ait conçue comme une « *sentence* » au même titre que l'incarcération, dans ce qui suit, il réactualisera la théorie de la dissuasion et admettra que la probation ne peut pas dans tous les cas représenter une sanction dissuasive. Dans ces cas, la probation ne peut plus se concevoir comme une sanction autonome. Elle doit se laisser accompagner par l'incarcération, par une sanction « choc ».

While probation orders may not be a strong enough deterrent to certain offenders [...] an extended term of imprisonment may not be appropriate either. In such cases a short sharp shock combined with a probation order may be desirable. Consequently, it is further recommended that the Criminal Code be amended to give judges authority to combine a probation order with a short period of detention (Professeur K.B. Jobson, Faculté de droit de l'Université de Dalhousie, Nouvelle-Écosse)²²⁴.

On avait plus haut réussi à déjouer la rationalité pénale moderne pour faire preuve de créativité et penser la réhabilitation sans la détention. Mais ici, il s'agit de la dissuasion, de l'obligation de faire souffrir et la rationalité pénale moderne semble nous rattrape. Si la théorie de la dissuasion implique en effet l'obligation de produire un déplaisir plus grand que les plaisirs associés au passage à l'acte, les déplaisirs du système de droit criminel moderne seraient-ils les seuls à pouvoir produire les effets de dissuasion recherchés? Où donc est passée la créativité

²²⁴ K.B. Jobson (University Dalhousie, Faculty of law), Brief to the Committee on Corrections, 12 pages, Volume 6. Dossier: Briefs - Individuals 1.

du juriste? S'il faut dans certains cas augmenter le degré des déplaisirs, n'a-t-on pas tous les moyens de le faire dans le cadre même des sanctions alternatives autonomes? Pourquoi revenir à la sanction carcérale après l'avoir aussi violemment critiquée? La réponse? Parce que la rationalité pénale moderne nous y a habitué et que nous n'avons pas encore appris à penser la dissuasion sans la prison. Nous avons cheminé sur la question de la réhabilitation, mais en ce qui a trait à la théorie de la dissuasion, nous sommes encore avec Beccaria, loin des alternatives autonomes.

4.4 Conclusion

Dans ce deuxième chapitre d'analyse, l'empirie illustre ce que Foucault avait plus généralement observé ailleurs, qu'« on ne peut pas parler à n'importe quelle époque de n'importe quoi; [qu'] il n'est pas facile de dire quelque chose de nouveau » (Foucault, 1969 : 61). L'analyse montre en effet qu'« il ne suffit pas d'ouvrir les yeux, de faire attention, ou de prendre conscience, pour que de nouveaux objets, aussitôt, s'illuminent, et qu'au ras du sol ils poussent leur première clarté » (Ibid, 61).

En intégrant ces remarques dans notre analyse, on a en effet pu observer à quel point il était difficile d'innover en matière de droit criminel moderne. De l'autre côté du discours, ce qu'on retrouve, c'est notre question de départ : quelles sont les conditions d'émergence des idées innovatrices? Dans le chapitre précédent, nous avons à cet égard dégagé certaines hypothèses quant aux conditions *organisationnelles* de l'innovation. Ici, en prenant un peu de recul sur le discours des interlocuteurs de la Commission Ouimet, on peut tenter de formuler une nouvelle hypothèse complémentaire, mais celle-ci a trait aux conditions *cognitives* de l'innovation.

Évidemment, dès qu'on parle de cognition, la réflexion devient importante : le retour sur les idées, l'observation et la reconnaissance des problèmes sont des étapes essentielles du processus de créativité. Mais ces étapes sont en même temps largement insuffisantes et ne peuvent permettre en soi l'émergence des idées innovatrices. D'autres conditions doivent être réunies. Lesquelles?

En nous inspirant des recherches de Remouchamps et Tilman (1991) sur les processus de réflexion créatrice dans le domaine des entreprises, nous définirons ici trois conditions cognitives fondamentales : l'identification et la reconnaissance des problèmes, la volonté de les corriger et/ou de changer les choses et la capacité de développer des pistes de solution à l'extérieur des sentiers battus.

La première condition implique une forme de réflexion permettant d'identifier et de reconnaître des problèmes. Dans les termes de Remouchamps et Tilman, cette première condition caractérise un moment de « frustration » :

La frustration, c'est le malaise, le problème pesant. Si tout allait pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles, il n'y aurait aucun problème et aucune nécessité de changer quoi que ce soit. Mais voilà, tel n'est pas notre lot, ni dans notre vie privée, ni dans nos activités professionnelles ou militantes (Remouchamps et Tilman, 1991 : 105).

Les problèmes ayant été identifiés et reconnus, la deuxième condition impliquera la volonté de les corriger, de changer les structures. Il s'agit ici aussi d'un moment très important, mais les conditions de l'innovation ne sont pas encore réunies. Il faut attendre de voir dans quelle direction la réflexion va s'engager.

La première direction possible et généralement la plus intuitive débouche sur un cul-de-sac. Les solutions sont recherchées à l'intérieur d'un cadre

pré-établi, dans le cadre même des espaces de possibilités déjà délimités par les structures admises à un moment donné. C'est le moment du « blocage » :

L'individu ou encore le groupe concernés par des difficultés, vont donc chercher une réponse à leur malaise. Souvent, cependant, aucune issue favorable n'est trouvée bien qu'on ait « tourné le problème dans tous les sens ». C'est la situation de blocage. Celle-ci provient du fait que *les solutions sont recherchées selon des procédés habituels ou en se contentant d'emprunter des sentiers battus* (Remouchamps et Tilman, 1991 : 105, notre souligné).

La deuxième direction possible favorise le déblocage et caractérise un moment que nous appelons un moment d'apprentissage. Les problèmes ont non seulement été identifiés et reconnus, mais on commence à définir et à reconnaître que les solutions usuelles font elles-mêmes partie des problèmes à résoudre. C'est un moment crucial, un point tournant. C'est le moment où la pensée peut s'autoriser à explorer l'*autrement*, ce qui se trouve à l'extérieur du cadre pré-établi : les options inédites, les idées provocatrices, etc. On ne remet plus uniquement en question les possibilités admises, on remet en question le cadre même des espaces structuraux qui les définissent comme admissibles. L'univers des possibles peut alors s'élargir pour considérer ce qui n'avait pas encore été sérieusement considéré. Remouchamps et Tilman parlent du moment de la « dérive » et lui attribuent une importance déterminante dans le processus de créativité. Il s'agit ici d'une dérive « organisée », précisent-ils :

La seule façon de s'en sortir est d'investiguer des pistes nouvelles ou de viser de nouveaux horizons en se laissant porter par les vents et les courants. Cette dérive organisée, c'est la pratique des méthodes de créativité (Remouchamps et Tilman, 1991 : 105).

On peut à l'aide de la prochaine figure schématiser ces trois moments de la réflexion créatrice.

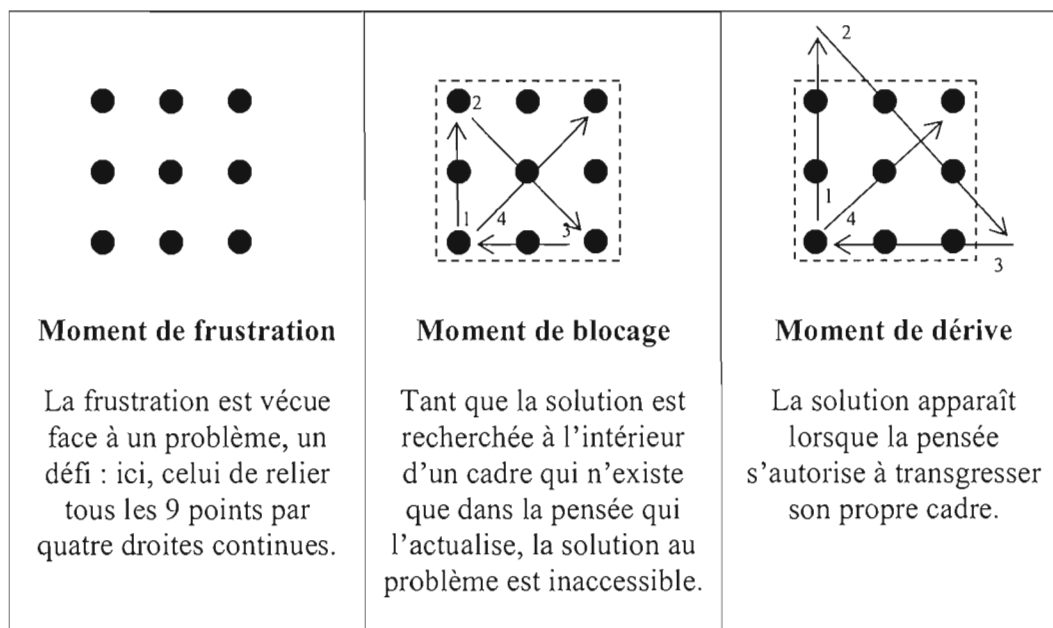


Figure 4.1 Les trois moments de la réflexion créatrice

Pour revenir à notre matériel empirique, ce n'est pas tant que tous les interlocuteurs de la Commission Ouimet aient accepté le *statu quo* ou refusé le défi du changement; certaines idées ont pu nous renvoyer à des problèmes fondamentaux, mais tout se présente comme si nous n'avions pas encore pris au sérieux la possibilité d'explorer des solutions en dehors du connu, en dehors des paradigmes dominants. Les théories de l'affliction et de l'exclusion sociale continuent de servir de cadre de référence à la réflexion. La rationalité pénale moderne continue de jeter un voile sur les idées innovatrices.

La question que nous devons maintenant soulever est de savoir si la Commission Ouimet pourra elle-même, en dépit de la redondance qui se distribue dans son environnement, sortir des sentiers battus, explorer les solutions innovatrices et participer à l'émergence d'un système de pensée alternatif en matière de droit criminel. Ce sera l'objet de notre dernier chapitre d'analyse.

CHAPITRE V

L'ÉMERGENCE D'UN SYSTÈME DE PENSÉE ALTERNATIF EN MATIÈRE DE DROIT CRIMINEL ?

5.1 Introduction

Le travail d'analyse qui est présenté dans cette troisième partie prend comme *seul point d'ancrage empirique le rapport officiel de la Commission Ouimet*. Ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, ce qui retient finalement notre attention, c'est le discours officialisé, le résultat de la réflexion de cette organisation sur le droit criminel moderne.

Les idées retenues pour les fins de cette analyse peuvent se regrouper en deux catégories distinctes. La première catégorie traite de l'innovation. Elle propose une analyse des idées pouvant contribuer à l'émergence d'un système de pensée alternatif susceptible de valoriser la diversification des normes de sanction. La seconde catégorie propose plutôt une analyse des idées-obstacles, soit l'analyse des idées pouvant contrer ou nuire à l'émergence des idées innovatrices ou actualiser les idées fortes de la rationalité pénale moderne.

Rappelons que la catégorisation en termes d'innovation ou d'obstacle est opérée en référence au discours dominant de la rationalité pénale moderne. Par

rapport à celle-ci, l'innovation marque un « point de diffraction » tandis que l'idée-obstacle vient pour sa part renforcer ou réactualiser la redondance²²⁵.

5.2 Les idées de la Commission Ouimet

Dans la perspective de l'évolution du droit criminel qui procéderait par la déconstruction des idées de la rationalité pénale moderne et la création d'une ouverture de sens pouvant soit favoriser l'émergence d'un système de pensée *alternatif* ou se constituer comme obstacles cognitifs, les idées de la Commission Ouimet qui ont plus particulièrement retenu notre attention concernent :

- La définition du lien « délinquant—société » (5.2.1)
- La circonscription du champ d'application de la loi pénale (5.2.2)
- Le droit de punir et le pouvoir discrétionnaire des acteurs (5.2.3)
- Les normes de sanction (5.2.4)
- Les formes des mediums « peine » et « disposition » (5.2.5)
- Les théories de la peine (5.2.6)
- La fonction du droit criminel (5.2.7)

5.2.1 La définition du lien « délinquant—société »

La conception du lien entre le délinquant et la société renvoie de façon plus générale à toute la question du lien social et du rapport qui peut encore s'établir entre les institutions modernes de la société et les individus (Beck, 1986; Lash et Wynne, 1992). Deux représentations entrent généralement en conflit : une représentation plus holiste qui accueille philosophiquement la primauté du tout (société) sur la partie (individu) et une représentation inspirée de l'individualisme

²²⁵ Nous renvoyons ici le lecteur à la partie 1.2.2 du chapitre théorique (la notion d'innovation).

moderne qui au contraire met axiologiquement l'individu, sa liberté et son jugement, au tout premier plan²²⁶.

Il faut considérer ces deux représentations comme des idéaux-types et non comme étant mutuellement exclusives l'une de l'autre. En effet, la grande majorité des institutions modernes de la société vont dans les faits s'inspirer des deux perspectives. En matière de droit criminel, la vision plus holiste est plus fortement représentée lorsque le système se réfère aux objectifs de « sécurité », lesquels concernent « le maintien de l'ordre public, la prévention du crime et la protection du public » (C.R.D.C. 1982:46). Ces objectifs sont généralement réitérés pour justifier la coercition, la répression. Pour sa part, l'influence de l'individualisme se fera surtout ressentir au niveau des objectifs dits de « liberté » lesquels valoriseront « l'équité, l'impartialité, la protection des droits et libertés de la personne contre les pouvoirs de l'État » (Ibid, 1982:46). Ces derniers objectifs instituent ainsi une forme de « contrôle interne » (Baratta, 1999 : 244) qui permettrait de remettre en avant-plan la précarité de l'individu et de lui offrir une certaine protection contre les pouvoirs institutionnels de l'État.

La rationalité pénale moderne reconnaît autant les objectifs de liberté que les objectifs de sécurité, mais sa vision guerrière de la protection de la société tend généralement à diluer, au détriment du délinquant et en faveur de la répression, les principes de modération et le droit à la liberté. En combinant ainsi une conception essentiellement négative de l'homme²²⁷ à une perspective qui ne peut concevoir le

²²⁶ On peut concevoir ces deux représentations comme marquant les deux extrémités d'un travail de conceptualisation opéré à partir d'une même distinction : la distinction société/individu.

²²⁷ Une conception qui, notamment à travers les écrits de Hobbes, se serait répandue comme une traînée de poudre dans la philosophie politique moderne (Rey, 1997 : 21). Elle fut depuis contestée par des penseurs plus contemporains. Lévinas est sans doute l'un de ceux qui s'est le plus radicalement distancé des conceptions hobbesiennes de l'homme. Pour l'auteur, l'homme ne se conçoit pas comme un loup pour l'homme, mais bien un homme *pour* l'homme; un homme qui dans son rapport à l'autre s'autogouverne à partir d'une moralité immanente à la relation. C'est de cette moralité de l'homme

rapport délinquant-société autrement que dans une forme d'opposition irréconciliable entre le tout et la partie²²⁸, la protection de l'individu préoccupe généralement moins que celle d'une Société menacée par son comportement. Sur le plan symbolique de la représentation, c'est moins d'une personne ou d'un membre de la Société dont il pourrait s'agir que d'un ennemi commun²²⁹ envers qui, au nom de la Société et de sa protection, bien des mesures autrement contraires aux valeurs fondamentales de cette même Société peuvent se justifier et être ainsi mises en oeuvre²³⁰.

pour l'homme—et non de la norme écrite—que transcenderait pour Lévinas l'interdit à partir duquel l'humanité toute entière s'humanise « dans les yeux qui me regardent » : « pour l'autre que je pourrais tuer mais dont le visage signifie l'interdit du meurtre » (Lévinas, dans Rey, 1997 : 25-26). Des penseurs comme Lévinas offriraient ainsi au droit criminel moderne une toute autre possibilité d'articulation du lien délinquant-société. Exception faite de certaines perspectives plus tardives et plus marginalisées, comme celle de la justice réparatrice et, dans une certaine mesure, celle de la justice des mineurs, cette moralité immanente à la relation n'a cependant pas encore trouvé d'ancrage sémantique solide dans l'historicité dominante du système.

²²⁸ Jean-Jacques Rousseau est sans doute le philosophe qui caractérise le mieux l'esprit de cet antagonisme. Dans un des passages devenu célèbre de son ouvrage *Du Contrat Social*, il écrit : « tout malfaiteur, attaquant le droit social, devient, par ses forfaits, rebelle et traître à la patrie; alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne; il faut qu'un des deux périsse, et quand on fait périr le coupable, c'est moins comme citoyen que comme ennemi » (Rousseau, 1762 : 60).

²²⁹ Ce discours est encore très prégnant aujourd'hui. En France, par exemple, Fédida montre dans *l'Horreur sécuritaire* (2006) à quel point le débat politique de la dernière décennie a été marqué par cette philosophie de l'exclusion sociale du délinquant. Tous les ministres de l'Intérieur, depuis Chevènement qui entre en fonction en 1997, jusqu'à Sarkozy qui quitte en 2007, ont adopté cette représentation guerrière et ont ainsi contribué à alimenter certaines fractions sociales comme celle que nous avons récemment connue avec les émeutes des banlieues françaises.

²³⁰ Généralement, ce sont des mesures d'exclusion—par la peine de mort ou la privation de liberté—qui sont valorisées. L'extrait qui suit, tiré des débats parlementaires canadiens sur la question de la peine de mort, montre bien le rôle de cette sémantique de l'ennemi dans l'argumentaire de certains parlementaires en faveur de la rétention de cette peine : « J'aimerais qu'on conserve dans nos lois ce pouvoir de réserve afin que nous puissions éliminer ces ennemis de la société si jamais le crime organisé prend plus d'emprise. [...] L'élément criminel de notre société, le crime organisé qui tue son prochain, agit de la même manière qu'un ennemi étranger et devrait être traité comme tel » (DCC, L'hon. M. Churchill, p.4162). Quant à la peine privative de liberté, les travaux de Nils Christie associent—du moins en partie—l'augmentation des taux d'incarcération des trente dernières années, en Angleterre et aux États-Unis, au fait de ne pas considérer le délinquant comme un semblable (Christie, 2003). En France, Jean-Marc Fédida, dans *l'Horreur Sécuritaire* (2006), fait la même analyse en accusant les pouvoirs publics d'avoir manipulé l'image de cet ennemi « illusoire » de la société pour justifier des mesures répressives de privation de liberté.

La Commission Ouimet semble ne pas souhaiter reconduire la rhétorique des hostilités dans le projet de réforme qu'elle entend développer pour le droit criminel de la seconde modernité. Tout en admettant que le but fondamental de la justice criminelle soit de protéger la société, elle cherche à contrer la rivalité que véhicule ce discours en spécifiant qu'il faudrait désormais apprendre à concevoir le délinquant « comme un membre de la société » (Rapport Ouimet, 1969 : 11).

Dans cette optique, la Société et le délinquant ne seraient plus placés dans un rapport d'opposition mutuelle. On ne semble en effet ici postuler aucune incompatibilité dans les termes. Il ne serait alors plus question d'assurer paradoxalement la préservation du tout par l'exclusion de la partie, mais bien de promouvoir, d'une manière qui neutralise le paradoxe, la protection du tout par la protection des parties qui le constituent. Suivant cette logique d'inclusion, on ne pourrait faire abstraction du délinquant pas plus qu'on ne pourrait faire abstraction de la Société dont il fait partie : par principe, la partie et le tout seraient indivisibles. Le délinquant serait ainsi considéré moins comme un ennemi commun que comme « un membre *permanent* de la société » (Rapport Ouimet, 1969 : 202, notre souligné). L'infraction peut certes se présenter comme une déception du point de vue des attentes normatives stabilisées par le droit, mais cette déception n'encourt pas pour autant la rupture du lien unissant le délinquant à la Société, ni d'ailleurs peut-elle servir de prétexte pour renoncer aux obligations de la Société envers le délinquant qui, pour la Commission Ouimet, continue d'avoir droit à une « protection totale » (Rapport Ouimet, 1969 : 11).

Cette « protection totale » du délinquant à laquelle fait référence la Commission Ouimet laisse cependant planer un doute quant aux objectifs visés. De quoi faut-il protéger le délinquant?

Nous ne pouvons pas, à partir de la formulation qu'on nous propose, présupposer qu'il s'agisse nécessairement d'une protection individuelle se référant aux « objectifs de liberté » du droit criminel et qui viserait dès lors à protéger le délinquant contre les pouvoirs de l'État. Nous pourrions tout aussi bien en effet concevoir la portée de cette protection comme étant principalement dirigée contre les conséquences que pourrait avoir le comportement déviant sur le délinquant lui-même. Une telle perspective viendrait alors s'inscrire davantage dans la logique de contrôle et de répression des « objectifs de sécurité ».

Le problème que pose cette ambiguïté sur le plan de l'analyse est d'autant plus difficile à résoudre que le discours de la Commission semble lui-même pouvoir donner libre cours à plus d'une interprétation.

En faveur des « objectifs de sécurité », la Commission considère que « le but fondamental de la justice criminelle est de protéger tous les membres de la société, y compris le délinquant lui-même, *des conséquences d'une conduite hautement nuisible et dangereuse* » (Rapport Ouimet, 1969 : 11, notre souligné).

Dans cette optique, la protection totale à laquelle la Commission fait référence viserait ainsi la protection du délinquant contre les conséquences de sa conduite sur sa propre personne²³¹. Dans ce cadre, en matière de droit criminel, l'hostilité que voulait pourtant neutraliser la Commission Ouimet change tout simplement de forme. Elle n'est plus dirigée *contre* l'ennemi à exclure, elle se repositionne *contre* un membre qui représenterait un danger pour lui-même. Bien que les termes ne soient plus incompatibles, les parties demeurent indivisibles. Sur la base

²³¹ On pourrait par exemple penser ici à des comportements criminalisés dits « sans victime » tels ceux reliés à l'homosexualité entre personnes adultes consentantes, à la toxicomanie, à l'alcoolisme, au jeu, au rapport au corps (prostitution), à l'enfantement (vente ou utilisation de produits anticonceptionnels, avortement), à la vie (tentative de suicide), etc. Bien sûr, l'observateur reste libre de concevoir ses comportements d'une autre façon. Il pourrait effectivement travailler la notion de victime et lui donner une portée plus large. Mais il s'agit d'un choix contingent.

du principe de l'inclusion, la Société n'agit pas tant *contre un ennemi* que *pour le bénéfice d'un membre*. La sémantique de l'hostilité actualisée dans la rationalité pénale est ainsi reproduite sous une autre forme; une forme qui en elle-même n'exclut ni la nécessité du contrôle ni celle qui justifie la répression instituée par le droit criminel en tant que « tiers bienveillant ». En définitive, plutôt que de prendre ici la forme d'une rupture de sens privilégiant un véritable changement d'attitude à l'égard du délinquant, le principe de la « protection totale » du délinquant que nous propose la Commission Ouimet participerait au contraire à une reconduction de la redondance du système de pensée dominant.

Avant de trop cristalliser notre première interprétation, tentons d'abord un test de validité en référence à l'esprit général qui se dégage du discours de la Commission Ouimet pris dans son ensemble.

En mettant l'accent sur la protection du délinquant contre lui-même, la Commission pourrait ainsi être en train de donner des élans à une moralité juridique qui voudrait perméabiliser davantage les frontières entre le public et le privé. En repoussant juste un peu les limites de l'absurde, on pourrait ainsi considérer le tabagisme ou l'exposition prolongée au soleil comme des comportements suffisamment risqués pour justifier l'intervention de l'État par la voie pénale. À moins d'instituer à l'interne des instances de surveillance et de contrôle pouvant prévenir ce genre de dérapage, la tendance pourrait bien finir par pencher en faveur d'un droit de plus en plus envahissant, trouvant dans cette conception de la « protection totale » du délinquant une sémantique de légitimation qui lui permettrait de recadrer sa propre légitimité d'intervention autour d'une infinité de comportements.

Cet « idéal de justice » nous paraît cependant ne pas correspondre à celui que nous propose globalement, dans son rapport, la Commission Ouimet. En ce

qui a trait à la morale et aux frontières séparant les sphères publique et privée, la Commission endosse volontiers la position tenue en Angleterre par le Comité Wolfenden (1957)²³². Ce Comité avait alors réitéré l'importance de maintenir un principe de séparation très clair :

À moins que la société ne s'efforce délibérément, au moyen de la loi, d'établir un parallèle entre le domaine du crime et celui du péché, il reste forcément une zone qui est l'apanage de la moralité ou de l'immoralité privée et, pour parler franchement, où la loi n'a rien à voir (Comité Wolfenden, cité dans le Rapport Ouimet, 1969 : 13)²³³.

En ce qui a trait à la possibilité d'élargir davantage le champ d'application de la loi pénale, la Commission prend position de façon non équivoque. De son point de vue, le droit criminel aurait déjà à cet égard outrepassé les limites du raisonnable. Même si la Commission reconnaît ne pas avoir été mandatée pour émettre des avis spécifiques sur le bien-fondé de certaines incriminations²³⁴, elle

²³² Le Comité Wolfenden avait été institué pour faire enquête sur les délits relatifs à l'homosexualité et à la prostitution. Il devait en outre redéfinir plus clairement les distinctions permettant de séparer les sphères publique et privée. Ses recommandations devaient conduire à l'adoption du *Sexual Offences Act* de 1967, une loi qui décriminalise les relations sexuelles que deux hommes peuvent avoir ensemble dans l'intimité. Au Canada, l'article 7 du Bill Omnibus (Bill C-150, 1969) de Pierre Elliot Trudeau s'en serait inspiré pour permettre la même chose.

²³³ C'est en tout cas la position que la Commission Ouimet prend dans son rapport. Toutefois, il faut sans doute noter qu'en coulisse, dans les documents d'archives que nous avons consultés, les positions à cet égard ont parfois été moins tranchées. Les principales hésitations sont en effet venues du côté de la présidence. Tout en admettant que son comité « has no mandate to preach morality », le juge Ouimet a néanmoins tenu à indiquer que « there are times when moral principles do coincide with social principles and principles of criminal law » (Documents d'archives : « Notes and observations of the Chairman Re: Suggestions dated July 26, 1968 for modifying chapter 2 by Mrs. Arton. July 26, 1968, Volume 19. Dossier: Spare - Chairman's notes and observations. Suggestions dated July 26, 1968 for modifying chapter 2 by Mrs. Arton »).

²³⁴ La question de savoir si cet exercice devait ou non faire partie du programme prévu dans le cadre de son mandat avait initialement été discutée avec les représentants du ministère de la Justice du Canada. Il était alors plus précisément question de considérer les incriminations relatives au vagabondage, aux tentatives de suicide et à l'homosexualité entre adultes consentants. Le ministère aurait alors spécifié que seules les incriminations relatives au vagabondage pouvaient faire l'objet de recommandations; les autres incriminations relevant « de domaines spécialisés qu'on devait traiter autrement » (Document d'archives « Committee on corrections, Elaboration fo Terms of reference and comments, "A" p.5-9. Volume 1, Cartable noir intitulé "Office, Orders in Council, agendas,

s'autorisera tout de même à émettre un avis plus général à l'effet que « certains actes présentement désignés comme crimes ne devraient pas [...] tomber sous le coup du droit pénal » (Rapport Ouimet, 1969 : 12). Il fait par ailleurs intégralement partie du projet de réforme de la Commission Ouimet que de limiter « le nombre de lois à l'essentiel » (Rapport Ouimet, 1969 : 11).

En resituant ainsi l'idée de « protection totale » du délinquant dans un contexte discursif plus général, il nous paraît difficile de trouver les appuis pouvant justifier que nous maintenions notre première interprétation. Les considérations additionnelles que nous venons d'amener en puisant ici et là dans le discours de la Commission Ouimet semblent en effet indiquer que notre première interprétation ait échoué le test de validité que nous lui avons fait subir. Il faut donc poursuivre l'analyse et tester d'autres interprétations possibles.

Dans une autre interprétation, en croisant autrement la sémantique de l'inclusion avec celle de la « protection totale » du délinquant, un tout autre « idéal de justice » apparaît. Celui-ci se soucierait alors moins des risques que peuvent représenter ou des dommages que peuvent engendrer certains comportements pour la personne du délinquant que de ceux pouvant être associés aux modes d'intervention du droit criminel. Dans cette optique, la « protection totale » du délinquant se présenterait alors comme un principe permettant de mieux prévenir « une application

minutes of meetings (to 1966' »). Sur le vagabondage, elle se contentera de relever le fait que pour bien des gens, « le vagabondage est une infortune sociale qui devrait relever des organismes d'aide sociale et d'orientation » (Rapport Ouimet, 1969 : 14). Au cours des pourparlers entre les membres de la Commission et ses consultants, certaines suggestions avaient été faites à l'effet que des recommandations en faveur de l'abolition des incriminations relatives au jeu (gambling), à la prostitution, à l'homosexualité et aux drogues illicites devaient être élaborées. Le président de la Commission s'y est alors opposé de façon catégorique : « I do not really feel that our Committee would ever dare recommend to the Government that gambling, prostitution, homosexuality and drug addiction be legalized. I certainly would not sign such a report » (Documents d'archives : « Réunion sténographiée avec les consultants-version anglaise), 12 janvier 1966, 199 pages. Volume 2, p. 87-90).

trop dure et trop prolongée des mesures correctionnelles aux coupables » (Rapport Ouimet, 1969 :11).

Les conséquences de l'intervention du droit criminel dans la trajectoire de vie des individus se retrouvent en effet au centre des préoccupations qui orientent le projet de réforme de la Commission Ouimet. La Commission regrette que le système de droit criminel n'ait pas accordé plus d'importance aux drames humains que provoquent ses modes d'intervention. Ceux-ci auront souvent été ignorés au profit d'un formalisme juridique sans visage et sans aucune prise sur la « concrétude » des rapports sociaux.

Au cours de ses recherches et de ses nombreuses visites dans les milieux pénitenciers, la Commission a pour sa part pu entendre plusieurs témoignages faisant état des souffrances individuelles et de toute la misère humaine créées ou amplifiées par l'intervention du droit criminel moderne.

La Commission Ouimet se montre elle-même moins atomiste et plus sensible à la « concrétude » des liens sociaux que n'a pu l'être une rationalité pénale moderne aveuglée par le *due process*. La « protection totale » qu'elle recommande ici inclut, mais dépasse ces « objectifs de liberté » et les préoccupations procédurales du système en matière d'équité et d'impartialité. Pour la Commission Ouimet, de tels objectifs doivent bien évidemment demeurer au centre des préoccupations du système, mais tout indique qu'ils n'ont pas été suffisants en soi pour prévenir ce qu'elle dénonce dans son rapport.

En somme, ce que la Commission Ouimet aurait ainsi cherché à prévenir en mettant l'accent sur l'appartenance du délinquant comme membre à part entière de la Société et son droit à une « protection totale », ce ne sont pas tant les écarts par rapport à une justice procédurale, mais bien ceux relatifs à une justice qui se voudrait

plus « citoyenne », plus humaine, plus responsable et « responsive » (au sens de Nonet et Selznick, 1978). En d'autres termes, au fondement de cette protection totale du délinquant, c'est d'une « éthique de l'autre » dont il s'agit. Celle-ci viendrait ainsi accompagner les « objectifs de sécurité » et les « objectifs de liberté » pour en quelque sorte agir comme un tiers pouvoir : c'est en se réappropriant cette « éthique de l'autre » que le système de droit criminel de la seconde modernité pourra tempérer les exaltations répressives d'une rationalité pénale hostile et explorer la possibilité de développer un « idéal de justice » qui puisse aller au-delà d'un simple formalisme juridique.

Cette « éthique de l'autre » qui traverse tout le discours de la Commission ne doit cependant pas en rester à un simple énoncé de principe sans prise ni portée réelle sur l'orientation du système de droit criminel. La Commission souhaite au contraire qu'on lui donne plus de substance, qu'elle se concrétise et qu'elle guide les opérations du système tant en ce qui concerne la création des lois pénales qu'en ce qui a trait à la détermination du droit.

5.2.2 La circonscription du champ d'application de la loi pénale

Au niveau de *la création de la loi*, la Commission s'attend « à ce que d'importants changements soient apportés au droit criminel positif, « afin que le processus de la justice criminelle n'intervienne que dans les cas où le comportement des individus perturbe sérieusement l'ordre social et ne soit susceptible d'aucun autre contrôle » (Rapport Ouimet, 1969 : 177). Les coûts sociaux de l'intervention pénale doivent guider ce processus de sélection. Dans les termes de la Commission, « il faut tenir compte de toutes ces conséquences au moment de déterminer si un mode de comportement nuit tellement aux valeurs sociales qu'il faille l'inclure dans la liste des

crimes » (Rapport Ouimet, 1969 : 13). À cet effet, elle propose elle-même de considérer les critères de sélectivité suivants :

1. Aucun acte ne devrait être proscrit par le droit criminel à moins que son incidence réelle ou éventuelle ne soit *notablement* nuisible à la société;
2. Aucun acte ne devrait être prohibé par le droit criminel lorsque des impératifs sociaux, autres que le processus de la justice criminelle, peuvent en limiter suffisamment l'incidence. L'opinion publique peut suffire à comprimer certains modes de comportement. D'autres peuvent être traités plus efficacement grâce à des moyens légaux autres que ceux de la justice criminelle, notamment par la législation afférente à l'hygiène mentale ou aux conditions sociales et économiques;
3. Aucune loi ne devrait engendrer des maux sociaux ou personnels supérieurs à ceux qu'elle a fonction de prévenir (Rapport Ouimet, 1969 : 12).

Ce qu'il faut sans doute surtout retenir de ces critères de définition du champ d'application de la loi pénale, c'est qu'il s'agit moins de mieux le délimiter que de le « *limiter* à l'essentiel » (Rapport Ouimet, 1969 :11). Ce faisant, en limitant le nombre de crimes, on contrôle, en aval, le nombre de personnes susceptible d'entrer en contact (directement ou indirectement²³⁵) avec l'institution pénale et on diminue l'étendue de ses coûts sociaux pour la personne, l'entourage et la société en général.

La stratégie qu'adopte la Commission Ouimet au niveau des restrictions dans le champ d'application de la loi pénale est certes importante du point de vue de ce qu'elle cherche à limiter, soit les souffrances inutiles, non souhaitables ou contre-

²³⁵ Plusieurs personnes ne seront jamais accusées d'un acte criminel, mais pourront tout de même, par l'entremise d'un proche judiciairisé, être indirectement mis en contact avec l'institution pénale. Elles en subiront alors les conséquences psychologiques et économiques qui entrent dans la catégorie des coûts sociaux dont se soucie la Commission Ouimet.

productives qu'engendre le système de droit criminel. L'impact sur les libertés et les trajectoires de vie individuelles serait à cet égard non négligeable. Par contre, si nous revenons à notre problématique, il est moins certain que cette stratégie puisse avoir un impact significatif sur l'évolution du droit criminel moderne. Cette stratégie vise essentiellement la liste des crimes, c'est-à-dire les normes de comportement du système de droit criminel moderne. Le système peut criminaliser moins ou décriminaliser plus, et délimiter ainsi son champ de compétence de manière plus ou moins restreinte, mais à l'intérieur même de ce champ de compétence, il peut rester fidèle à lui-même et continuer d'exploiter ses vieux engrenages. Il peut réduire ou étendre son chantier et garder le même coffre à outils, s'autogouverner à partir des mêmes principes et objets fondamentaux, s'inspirer des mêmes théories de la peine et privilégier les mêmes sanctions. On peut par exemple considérer que l'incarcération ne soit pas une mesure adéquate pour le vagabondage, la toxicomanie ou l'homosexualité, mais à moins de rediriger la réflexion sur les normes de sanction et leur diversification en termes de mesures alternatives, le simple fait de retirer ces comportements de la liste des crimes ne peut en soi nous orienter vers une autre manière de penser ou de faire en matière de droit criminel. Ce n'est pas tant que la Commission ait mal saisi les conséquences du problème qui la préoccupe, c'est plutôt qu'elle n'aurait pas dans ses recommandations sur la création de la loi réussi à atteindre ce qui est à la source de ce problème, en l'occurrence un ensemble de structures formant le « noyau dur » du système de droit criminel moderne. Les changements qu'elle propose au niveau des normes de comportement ne sont pas du type à pouvoir orchestrer le saut qualitatif que la notion d'évolution requiert. Ils n'atteignent pas les zones névralgiques du système: ils n'atteignent ni les normes de sanction ni les structures cognitives de la rationalité pénale moderne. À d'autres égards, « les normes de comportement sont 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).

5.2.3 Le droit de punir et le pouvoir discrétionnaire des acteurs

Pour favoriser la transposition de son « éthique de l'autre » dans le domaine de *l'application des lois pénales*²³⁶, la stratégie que développe la Commission est relativement simple : « dans l'application des lois pénales, à chaque stade du processus: arrestation, poursuite, condamnation, sentence et mesures correctives, on devrait accorder une certaine latitude [aux acteurs] » (Rapport Ouimet, 1969 : 17). Elle précise elle-même ce qui a motivé sa recommandation et toute la portée qu'elle entend lui donner dans son projet de réforme :

Pour faire passer dans la pratique la proposition du Comité à l'effet que l'application de la loi pénale limite le plus possible le tort causé au délinquant, on devrait agir avec discernement [A] *dans les cas impliquant des personnes qui sont techniquement coupables d'une infraction mais où tenter des poursuites ne produirait rien de bon*. En [ce qui a trait aux] poursuites, la façon d'appliquer la loi devrait se faire avec discernement. Cela signifie que la police devrait posséder les pouvoirs discrétionnaires voulus pour décider s'il faut porter plainte et, si une poursuite est intentée, pour décider si elle doit relâcher l'accusé ou le maintenir en détention. La poursuite devrait aussi posséder les pouvoirs discrétionnaires voulus pour décider de l'opportunité d'accueillir la plainte ou de continuer les procédures et décider si la justice serait satisfaite d'une condamnation obtenue à la suite d'une accusation moins grave. [B] *Le tribunal devrait avoir compétence pour disposer d'une cause sans condamner* et être en mesure de [C] *choisir dans un éventail de solutions* lorsqu'il doit imposer une sentence. Les services correctionnels devraient avoir toute la latitude possible pour concevoir et appliquer un programme de traitement » (Rapport Ouimet, 1969 : 17, notre souligné²³⁷).

²³⁶ Nous ne faisons pas uniquement référence ici aux tribunaux; nous concevons les organisations policières et celles relatives à l'administration des sanctions judiciaires (agences de probation, organisations pénitentiaires, agences de libération conditionnelle, etc.) comme jouant un rôle important dans la forme que prend l'application des lois pénales au Canada.

²³⁷ Nous reviendrons plus loin sur le souligné placé sur les énoncés A, B, et C.

La Commission Ouimet est consciente du fait que cette recommandation vient rompre avec la tradition du droit criminel moderne : « le droit criminel, explique-t-elle, traditionnellement et peut-être intrinsèquement, comporte l'imposition d'une sanction » (Rapport Ouimet, 1969 : 13). Il s'agit ici pour nous d'un effet de la rationalité pénale moderne; un effet notamment catalysé par les théories de la dissuasion et de la rétribution. Toutefois, à l'aube d'une modernité plus réflexive qui ne nous permettrait plus d'ignorer les conséquences contre-productives de l'intervention pénale, la Commission juge nécessaire le changement qu'elle propose. Il faut redonner aux acteurs les moyens qui leur permettraient d'implanter dans leurs pratiques le principe selon lequel « la sanction du droit criminel, qu'elle se présente sous forme d'arrestation, d'assignation, de procès, de déclaration de culpabilité, de condamnation, de peine ou de publicité, doit [...] n'être utilisée qu'en cas de nécessité inéluctable » (Rapport Ouimet, 1969 : 13). Il faut, en d'autres termes, redonner aux acteurs les moyens qui leur permettraient de valoriser davantage le principe de l'*ultima ratio*.

En tenant compte du contexte général dans lequel la recommandation de la Commission Ouimet vient s'insérer, tenant compte par exemple du contexte d'une société moderne qui se caractérise—entre autres choses—par une réglementation stricte des rôles, par la bureaucratisation de ses organisations (Weber, 1995) et de nouvelles manières de concevoir le rapport des individus aux institutions (Beck, 1986; Lash et Wynne, 1992 : 2), tenant compte également du contexte systémique propre au droit moderne, un contexte marqué par un formalisme juridique qui n'aurait comme autre finalité que d'assurer la « cohérence interne » du droit (Noreau, 2004), il est alors naturel, face à ce que recommande la Commission Ouimet, de s'étonner sociologiquement. Non seulement cette recommandation veut-elle permettre aux acteurs de reconquérir un espace de liberté que la rationalité et les théories de la peine n'avaient pu accepter, mais elle insiste pour que ce changement au niveau du système

de pensée puisse s'orienter sur un contenu éthique. En réintroduisant ce contenu éthique dans le droit, on ne discrédite pas, comme le craignait Weber, la « rationalité formelle » par une « rationalité matérielle » (Weber, 1960) : une rationalité formelle peut intégrer des contenus éthiques et conserver tous les attributs d'une rationalité *formelle*. Ce n'est pas tant l'arbitraire des acteurs que la Commission Ouimet cherche à valoriser, mais bien la définition d'un espace de possibilités pour l'*arbitrage* légitime de décisions plus éclairées, pouvant tenir compte d'une complexité qui à l'heure actuelle a échappé à la rationalité formelle de la première modernité.

La recommandation de la Commission Ouimet nous ramène en outre à toute la question du droit de punir. La Commission entend ici lui redonner un sens beaucoup plus souple que celui qu'a consacré la rationalité pénale moderne. Dans le projet de réforme qu'elle propose, le droit de punir devrait être compris dans les termes de l'autorisation. Suivant cette conception, le droit de punir apparaît comme un principe qui *autorise à...*, mais qui *autorise à...* sans obligation²³⁸.

Ce réinvestissement théorique de la sémantique du *droit de punir* nous paraît fort important du point de vue de l'évolution du droit criminel moderne. Trois raisons l'expliquent.

La première raison repose sur un élargissement des possibilités comprises dans les processus décisionnels des organisations du droit. Si la sémantique de l'obligation n'avait voulu offrir aux acteurs—que ce soit par principe d'égalité, par principe d'obligation morale de punir (rétribution), ou encore par nécessité pratique ou utilitaire (dissuasion, réhabilitation)—aucune autre option que celle de poursuivre et, dans l'éventualité d'une reconnaissance de culpabilité, de punir ou de traiter l'individu, la sémantique de l'autorisation que nous propose la

²³⁸ Voir chapitre théorique, pages 42 et 49.

Commission Ouimet vient pour sa part introduire de nouvelles possibilités, en l'occurrence, la possibilité de ne pas poursuivre (énoncé A) ou, en cas de poursuite, la possibilité de pouvoir disposer d'une cause sans condamner (énoncé B) et finalement, en cas de condamnation, de ne pas punir ou traiter (énoncé C); chacune des possibilités nouvelles créées se justifiant par cette « éthique de l'autre » sur laquelle insiste la Commission.

Par rapport à la possibilité de ne pas poursuivre (énoncé A), la Commission veut prévenir—pour les cas où poursuivre ne serait pas une nécessité inéluctable—qu'en entrant en contact avec le droit criminel « des hommes et des femmes [puissent] voir leur vie, publique et privée, détruite; que des familles puissent se disloquer » (Rapport Ouimet, 1969 : 13). Par rapport à la possibilité de ne pas condamner (énoncé B), la Commission veut notamment mieux prévenir « les handicaps inhérents à un dossier criminel » (Ibid, 1969 : 209). Elle regrette à cet égard que les conséquences puissent « durer tout une vie et se prolonger bien au-delà du moment où la réadaptation de l'intéressé est complète » (Ibid, 1969 : 209). Enfin, en ce qui a trait à la possibilité de ne pas imposer la peine ou le traitement, la Commission veut éviter que l'individu placé en institution ne soit « arraché à ses devoirs envers sa famille, son milieu, son éducation et son travail » (Ibid, 1969 : 330).

Suivant la recommandation de la Commission et en formalisant l'ensemble des possibilités mis à la disposition des acteurs, nous aurions donc, dans une conception du droit de punir pensée en termes d'obligation, une structure restrictive qui détermine—du moins sur le plan de la représentation—à chaque moment du processus la suite des événements par la formule « si X, alors *nécessairement* Y »²³⁹; nous aurions, en revanche, dans une conception définie en

²³⁹ La Commission Ouimet a elle-même reconnu l'effet de cette représentation stricte dans les décisions judiciaires canadiennes : « Il semble évident [...] que la façon dont les dispositions touchant

termes d'autorisation, une sémantique plus complexe réintroduisant l'alternative dans la manière de penser et de décider : « si X, alors *soit* Y, *soit* Z ». Évidemment, ce dernier cadre concéderait alors aux acteurs ce que le premier avait traditionnellement voulu écarter, soit la possibilité de pouvoir penser en termes d'alternatives et de décider si dans tel ou tel cas il serait ou non légitime de saisir l'une ou l'autre des possibilités offertes.

À cette liberté décisionnelle se rattachent cependant de nouveaux défis sur le plan de la légitimation. En effet, à partir du moment où le système accorderait aux acteurs la possibilité de choisir entre « Y » et « Z », il leur remettrait la tâche de justifier ou de motiver les décisions prises dans un sens ou dans l'autre. Un tel problème ne se pose pas dans un cadre prédéterminé par l'obligation de procéder : dans ce cadre, si je poursuis, condamne, punis ou impose un traitement, c'est parce que les principes de la rationalité pénale moderne m'y obligent et s'ils m'y obligent, c'est donc que je ne peux qu'être justifié de le faire. En d'autres termes, comme l'explique la Commission elle-même, ici, « le châtement se justifiait de lui-même: le crime exigeait un châtement » (Rapport Ouimet, 1969 : 201). Par contre, lorsque le cadre décisionnel se présente dans une forme offrant une autre possibilité, cette légitimation purement formelle, procédurale et tautologique, ne tient plus. La nouvelle possibilité introduite par « Z » réclame la motivation du choix. Or, dans une période de transition d'un système de pensée à l'autre, si « Y » peut quant à lui compter sur les formes de légitimation traditionnelles de la rationalité pénale moderne, « Z » exigerait de faire appel à une nouvelle rationalité. L'acteur devra alors se tourner vers d'autres principes que ceux de la rationalité pénale; la rationalité pénale n'offrant en effet aucun matériau justifiant le fait de ne pas intervenir, de ne

les sentences sont énoncées dans le Code criminel porte souvent les tribunaux à se croire tenus d'imposer des peines de prison » (Rapport Ouimet, 1969 : 205-206).

pas condamner, de ne pas punir ou traiter²⁴⁰. L'acteur serait invité à se tourner vers un système de pensée alternatif, comme par exemple celui de la Commission Ouimet qui offre en effet suffisamment d'appuis pour justifier l'intérêt que peut représenter l'actualisation de ces nouvelles possibilités. Dans ce cadre, les idées innovatrices des commissions de réforme du droit qui auront été sélectionnées par les systèmes de communication alternatifs pourront être sélectionnées à leur tour par les acteurs et se frayer un chemin vers le centre, éventuellement se stabiliser suffisamment pour modifier la qualité globale du système.

5.2.4 Les normes de sanction

Une autre raison explique l'importance que nous accordons à la recommandation de la Commission Ouimet sur le plan de l'émergence des idées innovatrices. Celle-ci concerne plus spécifiquement l'énoncé « C » qui porte directement sur les normes de sanction du droit criminel moderne. À cet effet, la Commission recommande d'« ouvrir l'éventail des décisions pour favoriser l'application de principes de “sentencing” à la fois rationnels et humains » (Rapport Ouimet, 1969 : 207). En 1969, au Canada, cet éventail pouvait théoriquement comprendre : « l'amende; l'emprisonnement; l'amende *et* l'emprisonnement; l'emprisonnement *et* le châtiment corporel; la mort; une suspension de sentence avec mise en probation et une promesse de ne pas troubler l'ordre public » (Ibid, 1969 : 203).

Des changements importants devront être apportés à cette liste. D'abord, après avoir recommandé l'exclusion du châtiment corporel tant « comme peine

²⁴⁰ Notons par ailleurs qu'un tel changement impliquerait aussi une nouvelle responsabilisation des acteurs-décideurs. S'ils ont pu, jusqu'ici, trouver une certaine « immunité » derrière les structures contraignantes d'un système qui *oblige*, ils seraient désormais eux-mêmes obligés de faire face aux conséquences de leurs propres décisions.

judiciaire [que] comme punition pénitentiaire »²⁴¹ (Rapport Ouimet, 1969 : 208), la Commission recommande d'ajouter « la restitution », « la réparation » et « le dédommagement ». L'incorporation de ces alternatives viendrait ainsi permettre au système de droit criminel moderne de se libérer de cette « idéologie de clivage » (droit criminel versus droit civil) dans laquelle l'avait enfermé la rationalité pénale moderne²⁴². À partir de ces alternatives, c'est aussi le sens du mot « punir » qui du même coup se modifie.

Aussi, dans une optique qui se rapporte plus spécifiquement aux préoccupations de la Commission en ce qui a trait aux conséquences de la condamnation sur les trajectoires de vie individuelles, la Commission suggère d'inclure la « libération absolue ». Celle-ci désignerait alors « une décision du tribunal par laquelle, bien qu'il ait la preuve de la culpabilité, il reconnaît que, compte tenu des circonstances, notamment de la nature de l'accusation et de la personnalité de l'accusé, il ne convient pas d'enregistrer une déclaration de culpabilité, ni d'infliger une peine ou de rendre une ordonnance de probation » (Rapport Ouimet, 1969 : 210). Son intérêt par rapport à l'objectif de prévenir les conséquences des antécédents judiciaires sur l'individu serait d'avoir « le même effet que l'acquittement » (Ibid, 1969 : 210).

Finalement, dans l'éventualité où une forme de contrôle par la voie de la détention serait nécessaire, la Commission veut à cet effet donner plus de latitude aux tribunaux en complexifiant davantage les dispositions existantes. Il faut notamment prévoir des mesures de détention qui n'impliqueraient pas la rupture totale des liens

²⁴¹ Le châtime corporel comme peine judiciaire était à l'époque une disposition législative qui octroyait au juge, pour certaines infractions du Code criminel, le pouvoir de sanctionner un individu à un certain nombre de coups de fouet (ou de courroie de cuire). Comme punition pénitentiaire, le fouet pouvait être utilisé comme mesure disciplinaire pour des manquements aux codes de conduite ou à la réglementation interne des établissements.

²⁴² Voir chapitre théorique, pages 57 à 63.

qui relie l'individu à la société. Elle suggère donc d'ajouter comme nouvelles dispositions relatives à l'emprisonnement la « détention de fin de semaine », la « détention de nuit avec programme de travail obligatoire ou volontaire *dans la collectivité* » et finalement, dans les cas qui le justifient, la détention dans « d'autres lieux de ségrégation » (Rapport Ouimet, 1969 : 207-208, notre souligné).

La Commission fait notamment référence ici aux hôpitaux psychiatriques. Ses visites en milieux carcéraux lui ont permis d'observer que la criminalité n'était pas le problème principal pour une bonne partie de la clientèle correctionnelle. Plusieurs personnes se retrouveraient ainsi en prison pour des problèmes de santé mentale ou psychiatriques qui selon elle nécessitaient une intervention spécialisée. Les milieux de santé lui paraissaient être mieux préparés à pratiquer cette forme d'intervention que le pénitencier ou la prison. Dans son rapport, la Commission a en ce sens soulevé la question de savoir si un tribunal ne devrait pas être autorisé à référer directement cette clientèle à l'hôpital psychiatrique plutôt que de devoir préalablement passer par le pénitencier. En incluant la disposition permettant la détention dans d'« autres lieux de ségrégation », nous sommes amené à penser que la Commission a tout simplement voulu créer une ouverture qui puisse favoriser l'actualisation de cette possibilité.

Les changements proposés devraient ainsi permettre à la fois une meilleure protection du délinquant et « une plus juste individualisation des peines » (Rapport Ouimet, 1969 : 207).

D'un point de vue plus théorique, les changements proposés devraient en outre permettre au système de droit criminel moderne de s'auto-définir autour d'une gamme de dispositions plus positives que celles qui ont été traditionnellement privilégiées par l'hostilité de la rationalité pénale moderne. Cette possibilité pourrait d'ailleurs trouver dans la prochaine recommandation un support supplémentaire.

5.2.5 Les formes des mediums « peine » et « disposition »

La commission recommande ici de remplacer l'expression de « sentence » « partout où il y a lieu de le faire dans la législation pénale et dans les textes qui traitent de criminologie et de questions pénales et correctionnelles, par les expressions “disposition” et “décision” » (Rapport Ouimet, 1969 : 208-209).

Avant de prendre position quant à la portée théorique de cette recommandation sur l'évolution qualitative du droit criminel moderne, il faut d'abord tenter de bien cerner les enjeux qui s'y rapportent.

Nous allons considérer deux enjeux fondamentaux et contradictoires sur le plan de l'évolution. Pour ce faire, nous nous référerons à la distinction « medium/forme » proposée par Luhmann (1993a)²⁴³.

À l'intérieur de cette distinction, les mots, les concepts, les abstractions langagières qui, un peu comme des électrons-libres, gravitent librement dans l'enceinte des réseaux de communication de la société, sont théoriquement conçus comme des mediums abstraits. Ceux-ci offrent alors toute une série de possibilités en ce qui a trait aux significations spécifiques qu'on peut leur attribuer. Sélectionnés et retravaillés par des systèmes de communication particuliers, ils perdent alors une partie de leur abstraction et se voient attribuer un sens spécifique. La détermination du sens à partir du medium correspond aux formes et relève d'un processus de sélection plus ou moins contingent. La mise en forme du medium signifie en d'autres termes qu'une possibilité de sens particulière a été privilégiée parmi d'autres possibilités lesquelles ont été écartées. Les possibilités qui n'auront pas été

²⁴³ Pour une application pratique de ces concepts à des objets du domaine de la criminologie, voir Garcia (2007) et Pires (2007).

actualisées pourraient toutefois l'être à un autre moment; il suffirait alors que le système revienne au *medium* pour opérer autrement la sélection du sens.

Dans cette distinction *medium/forme* que nous propose Luhmann, on peut théoriquement inscrire le changement de terminologie de la Commission Ouimet. Il faudrait alors concevoir comme des *mediums* du système de droit criminel les notions de « sentence », de « disposition » et de « décision ». Les enjeux qui s'y rapportent soulèvent alors la question du sens ou de leur mise en forme par le système du droit criminel moderne.

En matière de droit criminel, sous l'influence de la rationalité pénale moderne, le *medium* de « sentence » a pris, dans certaines juridictions occidentales, une forme spécifique dont le sens, sur le plan sémantique, renvoie essentiellement à l'idée de peine, et donc à celle de souffrance, d'affliction et de répression²⁴⁴. Un retour réflexif du système sur cette première sélection de sens opérée à partir de ce *medium* pourrait théoriquement mettre en lumière d'autres possibilités de mise en forme.

Il faut toutefois considérer ici que tous les *mediums* du langage n'offrent pas la même souplesse au niveau du sens qui peut leur être attribué. Dans la tradition de la *common law*, le sens des *mediums* « sentence » et « peine » s'est condensé au point où peut en effet se justifier la proposition de la Commission de carrément les abandonner. Le sens qui a été consacré au *medium* de sentence est extrêmement réticent à toute mise en forme qui ne supposerait pas l'idée de souffrance ou d'affliction. Il sera par conséquent difficile de concevoir des sanctions alternatives

²⁴⁴ Mohr montre qu'il n'en pas été toujours et partout ainsi. Le mot « sentence », à l'origine, vient du latin *sentire* et signifie « to feel and to perceive » (Mohr, 1980 : 20); en français, sentir et considérer ou remarquer. Le *medium* « sentence » se présente alors dans la forme d'une *décision*, d'un *jugement*. Il n'a pas encore pris la forme de « punition ». Pour d'autres considérations sur ce problème, voir Pires (1987 : 23).

positives telles que le dédommagement ou la réparation comme des « sentences » ou des « peines ».

Dans un tel cas, la Commission de réforme a sans doute raison de privilégier l'abandon des mediums usuels. Les mediums « disposition » et « décision », étant moins investis par la rationalité pénale moderne, moins « entachés de théorie » (Blackburn, 1992), peuvent en effet offrir, à l'intérieur même des réseaux de communication du système de droit criminel moderne, plus de souplesse quant à la détermination de nouvelles formes. Au moins à l'époque de la Commission Ouimet, ils pourront en outre, plus aisément que les mediums de « sentence » et de « peine », favoriser des mises en forme positives lesquelles pourront à leur tour mieux accueillir l'intégration de sanctions alternatives. Il sera, par exemple, beaucoup plus facile pour le système d'admettre qu'une « libération absolue » puisse être apparentée à une *disposition* ou à une *décision* qu'il lui serait d'admettre que cette même sanction non afflictive puisse se concevoir comme une *peine*²⁴⁵. Les mediums « disposition » et « décision » peuvent en effet favoriser des formes qui autoriseraient cette association. En définitive, comme ils n'évoquent pas la même charge sémantique, on peut dès lors concevoir théoriquement ces mediums comme étant plus favorables à l'innovation du droit criminel moderne que n'a pu l'être, au moins, le medium « peine » (punition).

Il faut toutefois ici faire preuve de prudence et quelque peu nuancer notre dernière remarque en attirant notamment l'attention sur un autre enjeu qui se présenterait quant à lui de façon beaucoup moins favorable à l'évolution.

²⁴⁵ On peut dans ce cadre expliquer, du moins en partie, toute la résistance qui s'est manifestée dans les débats publics belges quant à l'idée de concevoir les travaux communautaires comme des « peines ». Comme la mise en forme du medium « peine » avait traditionnellement impliqué l'idée de souffrance, il devenait en effet difficile de concevoir les travaux communautaires comme étant téléologiquement et intrinsèquement orientés vers la souffrance. Pour une analyse sociologique de ces débats, voir Cauchie (2003).

Mêmes si les mediums « disposition » et « décision » ne conduisent pas nécessairement à l'idée de souffrance, à celle d'affliction ou à celle de répression, on ne peut pas dire non plus qu'ils excluent rigidement la possibilité que cette sémantique puisse influencer leur mise en forme. Leur souplesse offre en effet la possibilité qu'ils puissent être sémantiquement manipulés de manière à pouvoir leur conférer une forme tout à fait familière et dont le sens pourrait venir s'inscrire dans celui qui fut privilégié à partir des mediums de « sentence » et de « peine ». Dans cette perspective, le système pourrait alors continuer de valoriser les mêmes sanctions afflictives et d'offrir la même résistance aux sanctions alternatives qu'il lui a été permis d'offrir à travers ses anciens mediums. En ce sens, la souplesse des mediums proposés par la Commission Ouimet pourrait jouer contre l'aboutissement du projet de réforme souhaité²⁴⁶.

Un simple changement de medium ne règle cependant pas le problème qui préoccupe ici la Commission Ouimet : le système de pensée dominant peut en effet récupérer n'importe quel medium et l'investir dans la forme qui lui convient. On peut introduire de nouveaux mots, mais continuer d'exploiter de vieilles significations. Considérant de façon plus générale la propension qu'a historiquement démontrée le système de droit criminel moderne à produire et reproduire de la redondance, les risques associés à cet enjeu nous paraissent non négligeables.

Dans cette perspective, le changement de terminologie que propose la Commission, *pris isolément*, devrait théoriquement se concevoir comme un changement à portée réduite sur le plan de l'innovation. Sa signification augmente par contre considérablement en valeur dans la mesure où l'exploitation de ces mediums alternatifs peut être conjointement accompagnée d'un projet de réforme visant,

²⁴⁶ Dans ce contexte, souplesse et rigidité des mediums ne seraient donc pas des qualités normatives, mais plutôt des qualités descriptives qui ne renvoient à aucun jugement de valeurs. Souplesse et rigidité peuvent se présenter comme un avantage ou un inconvénient selon le projet qui est visé par leur exploitation.

comme le propose la Commission Ouimet, une diversification des normes de sanction. Le croisement de ces deux recommandations devient alors plus significatif sur le plan l'évolution.

5.2.6 Les théories de la peine

Dans l'analyse des idées de la Commission pouvant favoriser l'émergence d'un système de pensée alternatif ou au contraire se présenter comme des obstacles cognitifs à cette autre formation discursive, nous sommes invité à considérer les prises de position de la Commission quant aux théories de la peine cristallisées par la rationalité pénale moderne. À cet effet, on trouve dans son rapport toute une série de considérations critiques pour lesquelles l'évaluation de la portée qu'elles peuvent avoir sur le plan de l'évolution reste encore à définir. Certaines semblent à cet égard indiquer une reconfiguration significative des fondements décisionnels du système de droit criminel tandis que d'autres nous paraissent au contraire reconduire la redondance du système de pensée dominant. Dans cette perspective, seront soumises à l'analyse les théories de la rétribution, de la dissuasion et de la réhabilitation.

5.2.6.1 Le point de vue sur la théorie de la rétribution

La théorie de la rétribution est très certainement celle qui, parmi les théories de la peine qui ont été traitées par la Commission Ouimet, sera la plus sévèrement touchée par le travail de déconstruction.

D'entrée de jeu, elle sera directement associée à un « vestige de la vindicte populaire » (Rapport Ouimet, 1969 : 203). Dans cette perspective, la

Commission considère que la théorie de la rétribution viendrait nourrir des « élans » individuels ou collectifs de vengeance et d'exclusion plus ou moins radicale qui sont « absolument inacceptables pour toute collectivité dont les mobiles sont rationnels » (Ibid, 1969 : 202). Il s'agit, nous dit-on, d'« un luxe à la fois stérile et très coûteux » (Ibid, 1969 : 203).

Il est stérile dans la mesure où le mal institutionnellement distribué ne vise à produire—dans l'immédiat ou pour l'avenir—aucun bien individuel ou collectif; la théorie de la rétribution et l'idée qu'un mal légitime puisse rétrospectivement faire en sorte qu'un mal illégitime n'ait pas été commis défient non seulement tout empirisme, mais tout cela s'inscrit par ailleurs dans une téléologie dirigée vers le passé et ne pouvant offrir conséquemment aucune forme de protection qui corresponde à la fonction première du système.

Aussi, on reconnaît que le « luxe » que représente ce désir de vengeance est coûteux dans la mesure où « le prix que doit payer la collectivité pour l'incarcération d'un individu dans un esprit de vengeance » (Rapport Ouimet, 1969 : 203) peut se compter tant en « valeurs humaines [qu'en] valeurs matérielles » (Ibid, 1969 : 19). Nous avons déjà relevé plus haut les enjeux que la Commission associe au premier aspect et nous avons indiqué leurs effets contre-productifs tant sur l'individu que sur la Société dont il fait partie ; quant au second, il serait superflu d'ajouter quoi que ce soit au fait que selon l'usage qui est fait de l'incarcération, « l'État peut avoir à supporter des frais considérables » (Rapport Ouimet, 1969 :13) sans pour autant être assuré de la qualité du système de droit criminel.

On pourrait bien entendu tenter de « contre-argumenter » en disant que l'infliction de la souffrance permet au droit criminel de communiquer à travers celle-ci son attachement à certaines valeurs plus fondamentales, mais on entrerait alors sur

le terrain de la répudiation²⁴⁷. La répudiation est la « dénonciation solennelle d'un comportement donné » : « la société dit au délinquant : “Nous rejetons ce genre de comportement” » (Rapport Ouimet, 1969 : 203). Si cette communication juridique est importante pour la Commission, elle estime cependant qu'il n'est pas nécessaire d'articuler cette communication dans les canaux de communication de la théorie de la rétribution puisque « toute sentence fondée sur le principe de la *dissuasion* implique inévitablement la répudiation » (Ibid, 1969 : 203).

En réactualisant la théorie de la dissuasion comme une alternative à la théorie de la rétribution, la Commission prend position par rapport à la répudiation en matière de droit criminel : on comprend que cette communication du système ne peut se concevoir qu'à travers l'imposition d'une sanction. La condamnation qui est pourtant aussi un acte de langage à travers lequel le droit communique sa désapprobation du comportement ne paraît pas constituer une alternative pour la Commission Ouimet. Il faut encore se poser la question de savoir si les sanctions plus positives qu'elle avait elle-même proposées plus haut (dédommagement, réparation, etc.) pourront servir les objectifs de la répudiation.

En réactualisant ici la théorie de la dissuasion, la Commission glisse et neutralise elle-même les alternatives qu'elle avait voulu privilégier. La théorie de la dissuasion la redirige vers les sanctions afflictives car pour la Commission, dire au délinquant que le système de droit criminel rejette son comportement implique que l'on puisse traduire « la force de ce sentiment dans la sévérité plus ou moins grande de la sentence imposée » (Rapport Ouimet, 1969 : 203).

En définitive, si la Commission a pu s'autoriser à recommander l'exclusion de la théorie de la rétribution de l'édifice cognitif du droit criminel

²⁴⁷ Aussi communément appelée la « théorie de la dénonciation ».

moderne, ce n'était pas tant pour créer une ouverture de sens pouvant favoriser l'émergence des idées innovatrices, c'était plutôt parce que la théorie de la dissuasion était déjà là, prête à combler les trous cognitifs et à reconduire, à partir de ses propres fondements théoriques, la redondance du système.

Dans une reconquête qui se serait voulue plus favorable à l'évolution identitaire du système de droit criminel moderne, on aurait pu vouloir protéger l'ouverture de sens créée, empêcher la théorie de la dissuasion de coloniser les espaces indéterminés et profiter de cette situation pour travailler de nouveaux concepts, de nouvelles théories de la décision prenant leurs distances par rapport à la rationalité pénale moderne, à l'idéal de souffrance et à la propension à l'exclusion sociale. On aurait pu créer un réceptacle de connaissances susceptibles d'accueillir et de motiver des sanctions alternatives plus positives.

En réactualisant la théorie de la dissuasion, la Commission compromet elle-même cette possibilité. L'espace est reconquis par une théorie de la peine déjà établie et bien soutenue par la rationalité pénale moderne. La remarque de la Commission à l'effet que la théorie de la dissuasion puisse servir les intérêts de la dénonciation est ainsi récupérée en faveur de cette reconstruction non favorable à l'innovation et à l'évolution du droit criminel moderne.

5.2.6.2 Le point de vue sur la théorie de la dissuasion

En ce qui a trait à la théorie de la dissuasion, la Commission attire notre attention sur toute une série de problèmes qui l'amène à nuancer l'importance qui lui fut attribuée dans les réseaux de communication du politique et du droit criminel depuis le milieu du XVIII^e siècle. Elle estime « qu'on a traditionnellement exagéré le

rôle de la peine en tant que moyen de prévenir le crime » (Rapport Ouimet, 1969 : 19).

Son approche critique par rapport à la théorie de la dissuasion diffère de celle adoptée envers la théorie de la rétribution. La Commission Ouimet accordera ici énormément d'importance au fait de pouvoir adopter une prise de position qui puisse se fonder sur l'observation empirique.

La théorie de la rétribution ne permet pas une telle approche. Ses postulats théoriques n'offrent en effet aucune emprise pour l'analyse des faits; on ne peut d'aucune manière démontrer empiriquement si le mal institutionnellement distribué rétablit ou non la justice, pas plus qu'on ne peut empiriquement montrer la proportionnalité horizontale entre le crime et la peine, sauf peut-être pour la peine de mort. Par rapport au rétablissement de la justice par le mal, la rétribution est strictement fondée sur un parti pris philosophique : on y adhère ou on n'y adhère pas.

La théorie de la dissuasion se présente autrement, car cette théorie permet d'engager—dans une certaine mesure—un débat empirique; elle donne en tout cas à l'observateur l'impression qu'il peut, à partir de ses propres recherches, réfléchir théoriquement sur la théorie et/ou tester ses hypothèses pour voir, par exemple, dans quelle mesure la sanction pénale—en fonction de sa sévérité ou de sa « certitude »—peut jouer un rôle déterminant dans le processus décisionnel du passage à l'acte²⁴⁸.

²⁴⁸ C'est ce qui en outre pourrait expliquer pourquoi nous pouvons répertorier un nombre important de recherches empiriques sur la théorie de la dissuasion alors que nous n'en trouverons aucune de cette nature sur la théorie de la rétribution. C'est également ce qui peut expliquer pourquoi la Commission Ouimet a pu elle-même discréditer aussi rapidement et sans effort la théorie de la rétribution, alors que la théorie de la dissuasion exigera au contraire une mobilisation considérable de ressources et d'expertises.

Suivant ainsi les sillons que la théorie a elle-même tracés pour celui ou celle qui voudrait la remettre en question, la Commission cherche à mobiliser l'ensemble des recherches disponibles afin de déterminer si oui ou non les sanctions du droit criminel peuvent avoir un impact déterminant sur le comportement des individus. Les résultats qu'elle obtient sont non concluants. Certaines recherches viennent appuyer la théorie de la dissuasion en établissant un lien de causalité directe ou à tout le moins une corrélation forte entre la sévérité de la peine et la réduction des taux de criminalité. D'autres admettent n'avoir pu établir aucun lien de causalité et trouveraient mêmes des corrélations négatives. D'autres encore « disent qu'il n'est pas de plus puissant élément de dissuasion que la crainte d'être découvert, arrêté et déclaré coupable et que la nature de la sentence imposée à la suite de la condamnation est de moindre importance » (Rapport Ouimet, 1969 : 16). Dans toute cette confusion, la Commission s'étonne alors de constater à quel point, même deux cent ans après Beccaria, « nous savons [tout compte fait] assez peu de choses sur l'efficacité des méthodes de dissuasion » (Rapport Ouimet, 1969 : 204).

La conclusion qu'en retire la Commission est d'ordre méthodologique : il est tout simplement impossible de remettre en question la théorie de la dissuasion en s'inscrivant de façon stricte dans les sillons de remise en question que la théorie propose elle-même; il est en effet « extrêmement difficile de mesurer avec certitude [tout aussi bien] l'effet intimidant de l'interdiction légale, de l'arrestation, du procès, de la condamnation [que] de la sentence » (Rapport Ouimet, 1969 : 16). Sa recommandation sera conséquemment adressée au système scientifique.

Il faudrait élargir l'éventail des recherches sur le phénomène de la dissuasion de manière à pouvoir mieux déterminer non pas tant s'il peut ou non se produire, mais bien « déterminer dans quelles conditions il se produit » (Rapport Ouimet, 1969 : 16). Si la Commission peut admettre « qu'une peine dissuadera souvent le délinquant motivé par des considérations *rationnelles* » (Ibid, 1969 : 16,

notre souligné), elle nous invite à considérer aussi le fait que « certaines personnes commettent des crimes [...] pour des raisons que nous ne comprenons pas complètement » (Ibid, 1969 : 16). Contrairement à ce qu'ont pu suggérer Beccaria et Bentham sur la portée générale de la rationalité coûts/bénéfices, il est possible que d'autres rationalités puissent entrer en ligne de compte dans certains autres types de passage à l'acte. Le crime, rappelle la Commission, « n'est pas une activité indivisible, il comprend un grand nombre de modes de comportement extrêmement différents » (Ibid, 1969 : 15).

En cherchant à mieux comprendre ces modes de comportement en relation avec les rationalités qui les gouvernent, nous serions, si on suit la Commission, davantage en mesure de déterminer les types de passages à l'acte pour lesquels la théorie de la dissuasion peut s'appliquer et de les distinguer des autres où elle ne serait pas susceptible d'être applicable.

Par rapport à ceux où la théorie de la dissuasion pourrait s'appliquer, il faudrait également séparer les modes de comportements pouvant aussi bien sinon mieux être contrôlés par des mesures non juridiques. À cet effet, la Commission reconnaît que « dans bien des cas des organismes sociaux, autres que la police et les tribunaux, réussissent à refréner [...] un comportement antisocial » (Rapport Ouimet, 1969 : 13). Dans ces cas de figure, où « la société peut être aussi bien, sinon mieux, protégée par des mesures impliquant la réduction du nombre des condamnations à l'emprisonnement [la Commission considère] nécessaire d'y recourir sur-le-champ » (Ibid, 1969 : 202).

En définitive, si la position de la Commission Ouimet n'écarte pas la pertinence de maintenir la théorie de la dissuasion dans l'édifice cognitif du droit criminel moderne, elle la place néanmoins en probation. Elle sent un problème, mais elle n'est pas encore en mesure de le formuler de façon critique, c'est-à-dire de façon

à pouvoir opérer une déconstruction de la théorie et stimuler une reconstruction favorable à une autre théorie de la dissuasion, voire à une autre théorie de la décision. Elle remet en cause la crédibilité de la théorie de la dissuasion, mais elle ne s'engage pas plus loin. En se référant à la conclusion du *chapitre IV*, on peut dire ici qu'il n'y a pas de « dérive » et qu'il n'y a d'ailleurs pas eu même de « blocage » puisque la Commission n'a pas tracé la première droite pour s'exercer elle-même à résoudre le problème.

Certains doutes ont par contre été formulés : c'est la limite de la contribution qu'a pu apporter la Commission Ouimet sur la dissuasion, mais c'est *en soi* une contribution. Les doutes pourraient servir de point de départ à une réflexion créatrice. Il serait dès lors difficile pour un système de pensée émergent qui ne se voudrait pas purement normatif et déterminé par son attachement à la tradition, de soutenir qu'il faille continuer d'accorder à cette théorie le même espace ou la même importance qui lui fut accordée dans le réseau cognitif de la rationalité pénale moderne. En somme, au milieu des années 1960, pour la Commission Ouimet, l'avenir de la théorie de la dissuasion paraît incertain.

Des manières de penser en matière de droit criminel moderne sont donc abandonnées (rétribution) et d'autres remises en question. En invalidant ainsi la théorie kantienne de la rétribution et en décentralisant—du moins provisoirement—la dissuasion, le travail de réflexion réalisé par la Commission Ouimet nous amène au coeur même de la rationalité pénale moderne. Reste à voir si la réflexion créatrice qu'elle semble vouloir initier pourra ailleurs mener à une « dérive » innovatrice. En attendant, dans le contexte discursif de la Commission Ouimet, comme nous le verrons dans ce qui suit, seule la théorie de la réhabilitation peut encore remplir une fonction de reconstruction convaincante.

5.2.6.3 Le point de vue sur la théorie de la réhabilitation

La Commission Ouimet est en effet convaincue que la théorie de la réhabilitation et son idéal de traitement offrent « la meilleure protection sociale à long terme » (Rapport Ouimet, 1969 : 16). Par contre, elle tient d'entrée de jeu à mettre en garde le système de droit criminel contre les discours faisant l'apologie du traitement dans une perspective qui se définirait plus « humaniste » que celle de la répression. La Commission indique qu'« on ne peut présumer que ces méthodes de traitement [soient] nécessairement plus humanitaires et plus efficaces en pratique que des peines modérées »; [...] « le traitement n'est pas plus humain que la punition s'il est plus pénible, *s'il prolonge la restriction de liberté* ou s'il ne produit aucun résultat que l'intéressé [le délinquant] juge souhaitable » (Rapport Ouimet, 1969 : 16, notre souligné). La Commission réitère encore une fois toute sa méfiance par rapport à l'incarcération et à cette tendance à faire de l'exclusion sociale de l'individu une nécessité absolue. Il s'agit ici d'une critique qui vise directement l'« argument de l'exclusion sociale prolongée »²⁴⁹.

À ce titre, la forme plus usuelle que prend la théorie de la réhabilitation comporte, de l'avis de la Commission Ouimet, un « défaut fondamental » (Rapport Ouimet, 1969 : 201). Ce qui est ici remis en question, c'est le principe voulant que les programmes de traitement développés dans la perspective de la réhabilitation soient de préférence mis en oeuvre en milieu clos. L'idéal de traitement peut bien vouloir prédominer, mais encore faudrait-il se poser la question de savoir si l'usage du pénitencier ou de toute autre institution fermée offre les meilleures chances de réhabilitation.

²⁴⁹ Voir chapitre précédent, page 202.

À cet égard, la position de la Commission Ouimet reste cohérente. Il lui paraît en effet « difficile de concevoir un dispositif qui prépare plus mal à la vie en société » (Rapport Ouimet, 1969 : 330). Outre les problèmes dont nous avons déjà fait mention plus haut dans l'analyse—quant à la rupture des liens sociaux et à ses conséquences dans la trajectoire de vie des individus—, la Commission ajoute celui relatif à toute la difficulté que représente, sur le plan de la réhabilitation, le recours au pénitencier dès lors que dans une telle institution « les occasions de prendre des décisions, facteur si important en réadaptation sociale, sont extrêmement rares » (Ibid, 1969 : 330). Conséquemment, « un emprisonnement de longue durée [...] réduit de beaucoup pour le détenu la possibilité d'assumer, dès sa libération, un rôle normal et acceptable au sein de la société [...]; une sentence de ce genre risque d'en faire un invalide social » (Ibid, 1969 : 205).

La Commission veut ainsi « souligner le danger de surestimer la nécessité et la valeur des incarcérations de longue durée » (Ibid, 1969 : 205). Dans cette perspective, elle considère pour sa part que « le traitement au sein de la collectivité peut souvent porter plus de fruits » (Rapport Ouimet, 1969 : 202).

Cette critique apportée à la théorie de la réhabilitation de la première modernité et la reconfiguration qui est proposée en faveur de la préservation des liens sociaux nous paraissent contenir des éléments de discours absolument fondamentaux pour l'émergence d'un système de pensée alternatif et l'évolution du droit criminel moderne. Rétrospectivement, on peut observer ces éléments comme des éléments contribuant à mettre en place les premiers fondements d'une nouvelle théorie de la réhabilitation en matière de droit criminel.

Si la théorie de la réhabilitation de la première modernité n'a jamais soutenu—comme l'ont fait les théories de la rétribution et de la dissuasion—que seul le mal pouvait faire justice ou produire un bien, elle a tout de même considéré

important—comme les autres théories—d'exclure l'individu et de le couper de ses liens avec son milieu d'appartenance. Cette première théorie de la réhabilitation, on l'a vu, voulait exclure pour mieux inclure, c'est-à-dire pour mieux réformer l'individu de manière à ce qu'il puisse retourner dans la collectivité avec un comportement conforme aux attentes normatives du droit criminel. En ce sens, le changement que propose la Commission se situerait en effet dans la configuration d'une nouvelle théorie de la réhabilitation autour du principe d'« Inclusion » (théorie de la réhabilitation de la seconde modernité).

Tirant profit de l'ensemble de ces considérations sur les théories de la peine, on peut dire que si nous avons au départ un système essentiellement structuré autour d'un dispositif d'exclusion sociale cognitivement supporté par les théories modernes de la peine, nous aurions maintenant, suivant les recommandations de la Commission Ouimet, une proposition de reconfiguration qui exclut la théorie de la rétribution, qui relativise l'idéal de la dissuasion et qui institue des doutes sérieux quant à la capacité de traiter à l'intérieur des murs du pénitencier; nous aurions également une proposition de reconfiguration de la théorie de la réhabilitation (première modernité) autour du principe de l'inclusion sociale de l'individu et de la protection des liens qui le relie à la communauté. Ces éléments, pris dans leur ensemble, apportent une contribution sur le plan de l'émergence d'un système de pensée alternatif en matière de justice pénale moderne.

Que l'on décrive le phénomène comme un « différend » créé par d'irréconciliables « jeux de langage » (Lyotard, 1983) ou comme l'institutionnalisation d'un « principe de doute radical » (Giddens, 1991) ou encore comme une augmentation de la « complexité interne » du système (Luhmann, 1984), nous nous entendons à tout le moins sur une chose : l'hégémonie de la rationalité pénale moderne n'est plus aussi absolue qu'elle a pu l'être; elle se trouve contestée ou

du moins relativement fragilisée par des idées pouvant participer à l'émergence d'un autre système de pensée concurrent.

La question plus générale dont nous n'avons pas encore traité est celle du but fondamental du droit criminel moderne. Il faut évaluer dans quelle mesure la définition de l'objectif fondamental de protéger la société peut ou non participer de la formation d'un système de pensée alternatif. Il faut à cet égard recadrer la position de la Commission Ouimet dans la perspective générale de l'évolution du droit criminel moderne.

5.2.7 La fonction du droit criminel

Au moment où nous avons établi nos premiers contacts avec le discours de la Commission Ouimet, le choix d'orienter le droit criminel autour de la protection de la société ne nous avait pas paru mériter suffisamment d'attention pour justifier que nous y consacrons une section complète de notre analyse. Dans ce premier temps, c'est comme si la rationalité pénale moderne était elle-même venue insidieusement se glisser dans notre schème d'observation pour nous empêcher de même concevoir qu'il pouvait en effet en être autrement. Le choix de la sémantique de la protection de la société pour (auto-)décrire la fonction première du système de droit criminel moderne nous est alors apparu comme l'évidence même. Par contre, dans un deuxième temps, avec un peu plus de recul, mais surtout grâce à la mobilisation de quelques supports théoriques nous permettant une toute autre observation, les enjeux relatifs à cette question nous sont apparus beaucoup plus clairement. Ils nous ont alors semblé tout à fait fondamentaux et importants sur le plan de l'observation de ce système.

Quant à la Commission Ouimet, elle n'était sans doute pas outillée pour repenser la place du medium « protection de la société » comme concept central pour l'auto-description de la fonction première du droit criminel moderne. À l'époque, non seulement les outils théoriques que nous allons utiliser plus loin pour repenser les choses autrement—et que nous emprunterons à la théorie des systèmes de Niklas Luhmann—n'avaient pas encore été développés, mais tous les interlocuteurs de la Commission (environnement immédiat) reconduisaient eux aussi le même medium²⁵⁰. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que la Commission ait elle-même repris « sans critique » le medium établi. Il n'est pas étonnant qu'elle ait réaffirmé l'idée selon laquelle la protection de la société est non seulement « le but fondamental, mais aussi le seul but justifiable des mesures appliquées en matière criminelle dans un Canada moderne » (Rapport Ouimet, 1969 : 11).

Deux questions vont être ici évaluées. D'abord, qu'implique le fait d'avoir construit la représentation de la fonction du droit criminel autour du medium « protection de la société » (5.2.7.1)? Ensuite, quels sont les outils que la théorie des systèmes peut nous apporter pour penser autrement la fonction du droit criminel (5.2.7.2)?

5.2.7.1 Ce qu'implique le medium « protection de la société »

Pour conduire l'analyse sur ce qu'implique le medium « protection de la société », il peut être utile de revenir au sens des mots et, de manière plus spécifique, au sens du mot « protection ».

²⁵⁰ La sémantique de la protection de la société a en effet fait consensus dans les mémoires du public canadien qui ont été soumis à la Commission Ouimet. Voir à ce sujet le résumé de Denis Szabo (consultant), *A Synthetical summary of the written briefs submitted to the Canadian Committee on Corrections by the Canadian Public*, Volume 8.

Bien que le mot protection puisse *a priori*—en tant que *medium*—offrir toute une variété de mises en forme possibles sur le plan sémantique, celles-ci auront généralement tendance, d'une manière ou d'une autre, à refléter le spectre de l'adversité.

Entre les antagonistes, le mot « protection » se glisse et détermine sa vectorialité d'action à partir d'une distinction d'opposition entre deux entités : *pour* les uns, la protection agit nécessairement *contre* les autres. Sa sémantique implique et même requiert qu'une des deux faces de la distinction soit marquée négativement. Sa vectorialité d'action est alors extrêmement difficile à concilier avec la protection simultanée des deux faces : le parapluie ne peut ainsi protéger qu'en faveur du confort corporel et contre l'humidité, l'anti-virus ne peut protéger qu'en faveur de la santé et contre l'infection. La sémantique de la protection n'est pas neutre, elle n'est jamais purement médiatrice; elle tend à concevoir la protection des uns par opposition à la protection des autres. Ce qu'elle stimule plus activement, c'est l'« unidirectivité ». En somme, protéger c'est d'abord et avant tout prendre parti.

Ultimement, la Commission Ouimet a elle-même dû insister sur l'une des deux faces de la distinction société/délinquant. Rappelons qu'elle avait voulu dans un premier moment limiter l'usage de l'incarcération et des sanctions négatives afin de mieux prévenir les coûts sociaux qui leur sont attribuables et qu'elle avait, pour ce faire, formulé le but fondamental du droit criminel moderne en conjuguant sur un même plan la protection de la société et la protection totale du délinquant. La sémantique de la protection l'oblige finalement à introduire une hiérarchie en stipulant qu'« en tout ceci, la protection de la collectivité doit évidemment prendre le pas sur toute autre considération » (Rapport Ouimet, 1969 : 17). Il ne lui restait alors plus qu'un seul pas à franchir pour reconduire la redondance de la rationalité pénale moderne. Ce pas sera franchi à partir du moment où elle est finalement amenée à concevoir le crime comme une réalité qui entre directement en conflit avec les valeurs

de la société et que l'enfermement peut dès lors se justifier dans la mesure où « le défaut d'imposer une sentence d'emprisonnement traduirait mal l'opinion de la société sur la gravité du crime »²⁵¹ (Rapport Ouimet, 1969 : 205, notre souligné). En mettant ainsi l'accent sur la protection de la société, elle ne fait pas obstacle aux représentations favorisant les hostilités et finit elle-même par accepter des modes d'intervention difficilement réconciliables avec son propre projet de réforme global.

La sémantique de la protection de la société viendrait alors offrir un terreau fertile à la rationalité pénale moderne et à la reconduction de ses modes d'intervention traditionnels. En la reprenant telle quelle, la Commission Ouimet vient en outre et de façon paradoxale compromettre elle-même la mise en oeuvre de son projet de réforme qui voulait notamment, à l'origine, instituer des manières de penser et de faire qui puissent limiter le recours à l'emprisonnement et « la perte inutile de valeurs humaines » (Rapport Ouimet, 1969 : 19). En d'autres termes, le medium « protection de la société » ne nous paraît pas représenter la « meilleure » des options possibles pour la mise en oeuvre de son projet de réforme global.

Ceci dit, est-il possible d'abandonner complètement cette sémantique de la protection de la société et dans pareil cas, comment décrire la fonction du droit criminel de façon à que cette description ne devienne pas un obstacle cognitif à la mise en oeuvre d'un projet de réforme comme celui de la Commission Ouimet?

²⁵¹ Tout se présente alors comme si la Commission avait elle-même perdu de vue ses propres enseignements à l'effet que « le crime n'est pas une activité indivisible, [qu']il comprend un grand nombre de modes de comportement extrêmement différents » (Rapport Ouimet, 1969 : 15-16).

5.2.7.2 La théorie des systèmes : vers une nouvelle conception de la fonction du droit criminel moderne

Nous sommes ici à la recherche d'une possibilité de définition ou de conceptualisation nouvelle de la fonction du droit criminel moderne; une possibilité qui ne soit pas centrée sur l'adversité et qui puisse offrir une plus grande liberté d'actualisation sur le plan opérationnel. Pour conduire cette réflexion, nous allons d'abord revenir au problème de la mise en forme de la loi pénale.

Dans la mise en forme de la loi pénale, décrite dans la forme syntaxique « quiconque fait "X" est passible de "Y" », X renvoie à un type de comportement particulier : il définit une expectative normative qui se rattache à un comportement donné. À travers Y, le système spécifie ses propres expectatives normatives *quant aux dispositions-décisions* (sanctions) qui devront être prises (par les tribunaux) dans l'éventualité où le comportement d'un individu devait s'inscrire en non-conformité avec les expectatives comportementales du droit criminel (X). Sur le plan de la mise en forme, autant X et Y sont des enveloppes vides : leur contenu est déterminé de façon contingente à partir des opérations de sélection et de stabilisation du système politique (législation) et du système de droit (tribunaux).

Le problème commence à apparaître à partir du moment où l'on porte attention au fait que l'auto-description de la fonction du droit (criminel) à l'aide de la sémantique de la « protection de la société » a été faite à partir de l'enveloppe Y (par opposition à l'enveloppe X) et d'une actualisation de la rationalité pénale moderne et des théories de la peine. La fonction de « protection » *du droit* est alors attribuée plus ou moins implicitement aux *peines* (surtout) afflictives (mort, prison) et à une procédure hostile. L'adversité qui est reconduite par la fonction de la « protection de la société » n'offre alors aucune résistance aux sélections de la rationalité pénale moderne : ici l'hostilité du système de pensée et l'adversité de la fonction font plutôt « bon ménage ». La fonction de la protection de la société n'est dès lors pas

susceptible de favoriser les sanctions alternatives : au contraire, à cet égard, elle semble participer davantage à la redondance, à la cristallisation des normes de sanction usuelles et constitue un obstacle à l'évolution du droit criminel moderne.

En mobilisant la théorie des systèmes autour de ce problème, nous tentons de mettre en valeur une autre manière de concevoir la fonction du droit criminel moderne, une manière qui puisse créer plus d'espace pour l'insertion des sanctions alternatives dans l'enveloppe Y. La fonction chez Luhmann n'est pas un effet à produire (Friedberg, 1978 : 595), c'est plutôt « un point de vue spécial, à partir duquel différentes possibilités peuvent être saisies [ou exclues] dans une perspective d'ensemble²⁵² » (Luhmann cité dans Guibentif, 1993 : 15). Il s'agit plus précisément « d'un “schéma régulateur de sens” qui, en définissant un problème, circonscrit un champ de solutions fonctionnellement équivalentes qu'il est possible alors de comparer quant à leurs avantages respectifs et parmi lesquelles on pourra choisir celle qui “convient le mieux” aux caractéristiques du système » (Friedberg, 1978 : 595).

Dans ce cadre, la théorie des systèmes nous permet de concevoir la fonction du système de droit. Le système juridique est défini comme un sous-système *de fonction* au même titre que les sous-systèmes économique, politique, scientifique, etc. Ces sous-systèmes de fonction se sont différenciés à l'intérieur même du système global de la société. Dans la théorie de Luhmann, tous les systèmes de fonction ont une fonction *unique*, justement celle qu'ils exercent lors de leur différenciation. Le système juridique se caractériserait par une fonction particulière « définie comme étant la production et le maintien d'attentes contrefactuelles, en dépit des déceptions » (Luhmann, 1993c : 81). La fonction du système juridique est dès lors décrite en

²⁵² La saisie d'une possibilité ou son exclusion sont deux aspects inhérents à la détermination de sens : à toute affirmation—inclusion ou actualisation—vient nécessairement correspondre, en effet, un certain nombre de refus—exclusions ou non-actualisations (Luhmann, 2001 : 228-229).

relation avec la stabilisation des expectatives normatives *relatives aux normes de comportement* (ce que nous avons appelé l'enveloppe X). Remarquons par ailleurs qu'au niveau de sa formulation, cette définition de la fonction ne reconduit aucune adversité.

Du point de vue de la fonction, le système de droit criminel partage ainsi, avec tous les autres sous-systèmes éventuels *du* droit, la fonction du système à l'intérieur duquel il s'est différencié : le système juridique de la société. Suivant ces considérations, et partant du principe que le droit « fulfils only one fonction »²⁵³ (Luhmann, 1993a : 148), la fonction du système de droit criminel ne peut être que la stabilisation des expectatives normatives relatives aux normes de comportement. Elle ne se définit donc pas par rapport à Y, mais bien par rapport à X.

Dans ce cadre, non seulement la fonction du système de droit criminel est-elle définie sans reconduire la sémantique de l'adversité, mais elle représente aussi un avantage considérable pour l'émergence des idées innovatrices et l'évolution globale du système : elle met l'accent sur les normes de comportement, et non sur un type particulier (peines afflictives) de sanctions. Elle n'offrirait ainsi aucune résistance identitaire à ce qu'un autre système de pensée puisse intervenir sur Y pour contrer les déterminations de contenu privilégiées par la rationalité pénale moderne. L'enveloppe Y pourrait modifier son contenu et accueillir d'autres sanctions. Rien n'empêcherait en effet que des sanctions alternatives à l'incarcération comme le « dédommagement » et la « réparation » puissent être conçues comme des décisions juridiques participant à la stabilisation des normes de comportement. Au contraire, ici, la fonction, loin de constituer un obstacle, pourrait même faciliter l'acceptation des sanctions alternatives et le développement d'autres théories de la décision. En

²⁵³ Luhmann (1993 : 148) accepte que l'on puisse théoriquement penser des « sous-fonctions » (*sub-functio*ns), mais ces sous-fonctions ne peuvent qu'être des sous-fonctions de la fonction première, celle de stabiliser les expectatives normatives de comportements.

plus, et ceci nous paraît fondamental, la justification de l'emprisonnement ne passerait plus par un processus cognitif d'identification avec la fonction du droit criminel. Il faut pouvoir justifier autrement l'emprisonnement que par la fonction de ce droit.

En matière de justice pénale, la perspective luhmannienne impliquerait que nous fassions le deuil du médium « protection de la société » *sur le plan de la fonction*, mais elle n'impliquerait pas que nous abandonnions nécessairement la « protection de la société » *sur le plan des prestations*²⁵⁴ réalisées par le système de droit criminel. Ce que le système comprend par « protection de la société » pourrait se situer dans le même espace où se trouvent les autres prestations du système notamment celles reliées à la protection des libertés individuelles, à la pacification des rapports sociaux, à l'encadrement des pratiques policières, à l'encadrement des conditions d'incarcération²⁵⁵.

Pour revenir à la position actualisée par la Commission Ouimet, cette reconfiguration de la fonction du droit criminel moderne, indiquée ici en reprenant la description de Luhmann, nous paraît plus neutre sur le plan descriptif et plus ouverte à la possibilité que « Y » soit conçu en termes d'alternatives; des alternatives voulant modifier la logique du choix des sanctions. Cette reconfiguration permet à la fois d'élargir et de généraliser la variété des normes de sanction (par l'intégration de sanctions plus positives comme celles que préconise dans son rapport la Commission Ouimet) et de rétrécir ou limiter l'usage de l'incarcération. Autant la réparation que le dédommagement peuvent en effet participer à la stabilisation des expectatives comportementales dans la mesure où elle communique en soi l'attachement du

²⁵⁴ Sur la distinction fonction/prestation (ou, en anglais, « *function/performance* »), voir Luhmann (1981, 73; 1993, 167).

²⁵⁵ Ces exemples sont tirés d'un document de travail (un schéma) produit par Alvaro Pires (2006).

système à certaines valeurs et normes comportementales. Même la décision ou la disposition de la « libération absolue » proposée par la Commission produit nécessairement cet effet, car elle n'invalide pas la norme de comportement (décriminalisation); au contraire, elle n'a de sens que si elle affirme en même temps la validité de l'expectative normative de comportement. À travers la procédure et l'élaboration du jugement, le système communique ses exigences en matière de conduites individuelles et peut ainsi « *dignifier* symbolico-juridiquement » (Luhmann, 1985, notre traduction) ses propres attentes. En définitive, cette reconfiguration alternative de la fonction du droit criminel peut être théoriquement conçue comme une sémantique favorisant davantage²⁵⁶ l'évolution du système.

5.3 Conclusion

En reprenant l'essentiel de notre analyse sur le discours de la Commission Ouimet et par contraste avec la rationalité pénale moderne, on peut dire que l'ensemble des idées qui ont été mises au premier plan se présentent avec beaucoup moins d'hostilité face au délinquant, avec plus de clairvoyance et de discernement par rapport aux souffrances « réelles » qu'engendre le mal institutionnel dans la poursuite d'un bien abstrait. En abandonnant, en règle générale, la prescription négative que le mal se guérit par le mal, le discours de la Commission se présente aussi avec plus d'ouverture et plus de souplesse par rapport à la possibilité d'intégrer des sanctions alternatives plus positives (réparation, dédommagement, etc.). Par rapport à la « concrétude » des liens sociaux entre les personnes, l'idéal de justice prôné par la Commission Ouimet rompt avec une pensée atomiste qui avait désintégré la complexité du réel pour considérer l'individu comme une entité qui en habitant *totalemment* son étiquette de « délinquant » pouvait être temporairement ou

²⁵⁶ Elle favorise *davantage* sans toutefois garantir l'évolution du système. En effet, elle n'exclut pas la possibilité que la rationalité pénale puisse maintenir son emprise sur Y (normes de sanction).

définitivement exclue (peine de mort) de la société. À cet égard, les recommandations de la Commission Ouimet vont plutôt réintroduire de la complexité en considérant l'individu comme un membre à part entière de la société ayant droit à une certaine protection juridique contre les effets contre-productifs de son exclusion éventuelle. Nous voyons en outre se dessiner, au niveau des normes de sanction, un nouvel échafaudage tant structurel que cognitif lequel pourrait, dans les conditions de son actualisation, participer à une évolution systémique orientée vers la complexification des structures internes et l'élargissement des possibilités d'action légitimes mises à la disposition des acteurs-décideurs.

En tirant profit de toutes ces considérations et faisant abstraction de la reconduction de certains obstacles cognitifs difficiles à dépasser à l'époque et que nous avons pu repérer ici et là, nous pouvons globalement considérer le discours de la Commission Ouimet comme contribuant à instituer des idées en dehors du système de pensée de la rationalité pénale moderne et susceptible de concourir à l'émergence et à la configuration d'un nouveau système de pensée dominant. Ce système de pensée émergent en matière de droit criminel moderne pourrait dès lors être en mesure—sous certaines conditions, notamment celles étant liées à sa sélection et à sa stabilisation par les organisations juridiques du centre—de modifier l'historicité du droit criminel moderne et de favoriser ainsi, dans une perspective d'avenir, l'évolution de ce système social.

CONCLUSION

Au moment où nous avons entrepris la réalisation de notre étude, les recherches criminologiques et sociologiques nous semblaient avoir surtout insisté sur le problème de l'immobilisme en matière de droit criminel, sur le « non-changement », sur le manque de créativité. Nous constatons en même temps l'absence de réflexion théorique et empirique sur le thème des idées innovatrices. On s'était surtout intéressé à la redondance du droit criminel moderne, mais très peu aux conditions d'émergence de la variété.

Les recherches avaient essentiellement, comme chez Foucault (Dreyfus et Rabinow, 1984 : 361), mis l'accent sur le fonctionnement interne des systèmes de pensée *dominants*, sur les produits et sous-produits cognitifs de la rationalité pénale moderne (Pires, 1991; 1994; 1998). Nous n'étions pas encore revenus « à l'en deçà du discours—là où rien encore n'a été dit » (Foucault, 1969 : 66). En se maintenant « au niveau du discours lui-même » (Ibid : 66), on avait certes pu conceptualiser un système de pensée dominant en matière de droit criminel, mais comme Foucault, on n'avait pas encore tenté de problématiser ou « d'expliquer comment un système de pensée [peut] émerger » (Dreyfus et Rabinow, 1984 : 361), comment des idées innovatrices peuvent faire leur apparition, se regrouper, interagir entre elles et former un système de pensée nouveau. C'est la tâche que nous voulions entreprendre dans cette recherche.

La littérature spécialisée sur la question du droit criminel nous laissait toutefois devant plusieurs problèmes à résoudre, notamment celui de définir qu'est-ce

qu'une idée innovatrice? Quelles sont celles pouvant apporter une contribution sur le plan de l'évolution du système de droit criminel moderne? Comment émergent ces idées innovatrices dans les communications juridiques et quel rôle peut jouer une commission de réforme du droit dans ce processus?

En somme, dans cette recherche, nous voulions donc connaître ce qui pouvait théoriquement se concevoir comme les conditions de formation d'un système de pensée alternatif en matière de droit criminel. Nous voulions à cet égard explorer les contributions possibles des commissions de réforme du droit sur le plan de la production des idées innovatrices. À l'intérieur comme à l'extérieur des frontières communicationnelles de la Commission Ouimet, cette réflexion nous a amené à considérer ce qui pouvait soit favoriser ou au contraire faire obstacle à l'émergence des idées innovatrices.

À la fin des années 1960, le rapport de cette commission de réforme devait marquer un temps fort dans les propositions de réforme du droit criminel canadien. Plusieurs des aspects du programme normatif et des systèmes de pensée du système de droit criminel ont été examinés : certains aspects ont été déconstruits et reconstruits sans originalité, mais quantité d'autres ont été « réinventées » de manière à créer un élargissement de ce qui avait été structurellement et cognitivement considéré possible en matière de droit criminel moderne. Les possibilités nouvelles devaient notamment permettre au droit criminel de la seconde modernité de modifier davantage le cadre de ses communications, mais elles devaient lui permettre également, et peut-être même surtout, d'envisager de nouvelles solutions aux problèmes du droit criminel de la première modernité. Ceci impliquerait une reconnaissance des coûts sociaux et des drames humains massivement produits par des modes d'intervention hostiles et afflictifs et générateurs d'exclusion sociale.

À l'extérieur des frontières, c'est-à-dire dans l'environnement immédiat de la Commission Ouimet, nous avons considéré le discours de ses interlocuteurs à partir des documents écrits et des idées qu'ils avaient voulu placer devant les membres de la Commission Ouimet pour orienter la réflexion selon ce qu'ils considéraient être important de changer ou de préserver dans les structures du droit criminel. Notre travail d'analyse portait alors sur la variété présente dans l'environnement de cette organisation de réflexion juridique.

Notre recherche sur les conditions d'émergence d'un système de pensée alternatif venait s'inscrire dans un cadre théorique beaucoup plus large où l'on avait, *sur un plan d'observation macro-sociologique*, posé les questions :

- (i) de la description du droit criminel comme un sous-système différencié (et autonome) du droit;
- (ii) de l'existence d'un système de pensée particulier, celui de la *rationalité pénale moderne*;
- (iii) de la possibilité d'utiliser tout particulièrement les outils conceptuels de la théorie des systèmes de Niklas Luhmann pour opérer cette description;
- (iv) et de l'hypothèse empirique de la « non-évolution » identitaire du système de droit criminel moderne (Pires, 2002).

De cette hypothèse provocatrice découlait une théorie de l'évolution du droit criminel moderne laquelle allait nous permettre de concentrer stratégiquement nos observations autour de certaines structures théoriquement définies comme des structures « névralgiques » pour l'observation sociologique d'un changement de régime (évolution). Sur le plan normatif, nous avons ainsi porté une attention toute particulière aux idées (innovatrices ou redondantes) relatives aux normes de sanction du droit criminel moderne. Sur le plan cognitif, nous nous sommes concentré à la fois sur tout ce qui permettait de reconduire les idées fortes de la *rationalité pénale*

moderne—définie comme le système de pensée dominant en matière de droit criminel moderne—et sur tout ce qui introduisait de la dissonance et permettait de penser l'émergence d'un système de pensée alternatif.

La problématique ayant été définie à un niveau d'observation macro-sociologique, l'articulation avec l'empirie (niveau plus micro) posait plusieurs problèmes. Nous n'avons pas la prétention d'avoir surmonté tous les obstacles, mais nous espérons à tout le moins avoir pu dégager certaines pistes de réflexion qui pourront permettre, ailleurs dans d'autres recherches, des développements plus enrichis.

Le premier problème que nous avons pu rencontrer concernait l'observation sociologique de l'évolution d'un système social : à partir de quel moment et sur la base de quels types de changements peut-on parler d'évolution, ou encore de non-évolution ou même de régression d'un système social spécifique comme le système de droit criminel? Comment faire, de façon cohérente, le « diagnostic » proprement macro alors que la réalité micro comprend autant de *changements* que de *non-changements*? À cet égard, nous avons développé un « état théorique de référence » (Forsé, 2002 : 278) permettant de tracer, autant sur le plan macro que micro, plusieurs distinctions importantes quant à la nature des changements ou des non-changements observés et leurs implications théoriques et pratiques sur le plan de l'évolution, de la non-évolution ou de la régression. Il s'agit d'un modèle d'observation flexible que pourraient importer, modifier et retravailler d'autres recherches ayant comme objet d'étude les conditions d'évolution d'un système social donné.

Sur ce plan, l'innovation cognitive devait pouvoir s'observer en contraste avec les idées dominantes de la rationalité pénale moderne (système de pensée dominant), mais il fallait par ailleurs trouver une manière de distinguer

l'innovation cognitive des notions avoisinantes telles que nouveauté, transformation, etc. Nous nous sommes à cet égard librement inspiré de la notion de « points de diffraction » et de la définition qu'en offre Foucault dans *l'Archéologie du Savoir* (1969). Les idées dites innovatrices ont été ainsi définies à partir de quatre dimensions conceptuelles :

(i) Une idée innovatrice introduit d'abord et avant tout un point d'incompatibilité à l'intérieur d'un seul et même univers de sens. Elle contraste avec une idée forte déjà bien stabilisée et ne permet par rapport à celle-ci aucune réconciliation possible.

(ii) S'il n'y a pas d'équivalence *de contenu* entre l'idée innovatrice et l'idée forte avec laquelle elle contraste, il y a néanmoins entre elles équivalence *fonctionnelle*. Au même titre que l'idée forte, l'idée innovatrice permet de prendre des décisions et de les s'inscrire dans la circularité opérationnelle du système.

(iii) L'idée innovatrice forme ainsi une alternative cognitive qui ouvre le champ des options admissibles sur le plan de la prise de décisions. Le système peut valoriser ou bien l'idée forte ou bien l'idée innovatrice.

(iv) L'idée innovatrice se présente comme une incitation favorable à l'émergence d'autres idées innovatrices. On peut dès lors la concevoir comme le point d'ancrage d'une systématisation : autour de l'idée innovatrice, d'autres idées innovatrices peuvent venir se rattacher et éventuellement former un nouvel ensemble discursif, un nouveau système de pensée.

Les dimensions conceptuelles que nous avons développées individualisent le concept et élèvent ainsi les exigences de l'observation à un niveau qui limite les confusions possibles avec d'autres notions avoisinantes théoriquement moins exigeantes. Ces exigences conceptuelles nous ont en définitive permis de repérer, dans l'ensemble des idées produites par la Commission ou par ses interlocuteurs, les idées participant à l'émergence d'un système de pensée alternatif en matière de droit criminel moderne.

Un autre problème fondamental concernait plus spécifiquement la conceptualisation, la caractérisation et l'observation sociologique de l'innovation cognitive à travers des commissions de réforme du droit. Créées sous l'impact d'une décision politique, ces organisations pouvaient être théoriquement conçues comme des organisations politiques. Nous avons toutefois centré la conceptualisation non pas sur le contexte politique de leur formation, mais bien sur leurs communications. Ici, il y avait une difficulté majeure à résoudre : la théorie des systèmes ne nous permettait pas d'identifier explicitement les communications opératives qui se rapportent à un litige et les communications de réflexion qui se rapportent plus spécifiquement aux structures cognitives du système et émises à l'intention des autres systèmes sociaux et psychiques. Elle n'avait pas non plus théoriquement et empiriquement envisagé la possibilité d'avoir à résoudre un problème éventuel de disjonction organisationnelle entre ces deux types de communications par rapport au droit : une communication du droit criminel sur la réforme en droit criminel à l'intention du système politique. Soit, le problème qu'introduisait la caractérisation des commissions de réforme.

Cependant, la théorie des systèmes avait déjà envisagé la présence de « théories de la réflexion » dans les communications des systèmes de fonction (comme le droit). Il fallait donc relever le défi de l'observation empirique des communications des commissions de réforme qui définissent, d'un point de vue phénoménologique, un espace cognitif « mélangé » ou « polycontexturalisé » à l'intérieur duquel on peut trouver l'interpénétration et le couplage de plusieurs systèmes de communication. Dans ce cadre, en prenant les communications des commissions de réforme du droit comme éléments d'observation, les commissions de réforme du droit—en tant que systèmes d'organisation—ont pu être conçues comme des organisations polycontexturelles strictement politiques pour le système politique et strictement juridiques pour le système juridique.

Nous avons alors soutenu que dans la face politique, les communications des commissions de réforme du droit peuvent entrer dans les opérations politiques relatives à la création de la loi. Dans la face juridique, lorsque les communications des commissions de réforme du droit servent de fondements décisionnels aux opérations relatives à la détermination du droit dans les communications opératives du système, elles participent alors à la circularité fondamentale du droit (Teubner, 1997 : 227) au même titre que les sources plus « classiques » du droit (la loi, la jurisprudence et la doctrine).

Dans ce lieu de réflexion juridique à l'intersection des systèmes politique et juridique, nous avons attribué aux commissions de réforme du droit la capacité de produire des « auto-descriptions » systémiques (Luhmann, 1984) : un des potentiels de ces organisations périphériques du droit étant dès lors de contribuer au dialogue inter-système et à la réforme de la législation par le système politique avec une contribution cognitive du droit ou des autres systèmes de fonction à travers le droit. Les commissions de réforme du droit peuvent ainsi participer à la diversification des matériaux juridiques disponibles pour les opérations d'auto-observation et de réflexion dans les opérations du système vis-à-vis de son environnement. Sélectionnés, puis stabilisés par d'autres organisations politiques (Parlement, Cabinet) et/ou juridiques (tribunaux), ces matériaux juridiques hétéroclites, produits par les commissions de réforme du droit, peuvent, sous certaines conditions, élargir les espaces de possibilités définis par les structures normatives et cognitives « névralgiques » et concourir ainsi à une forme d'évolution identitaire du droit criminel moderne.

Les objectifs empiriques que nous nous étions fixé dans cette recherche étaient notamment de relever, dans le fonctionnement organisationnel de la Commission Ouimet, ce qui a pu, sur les plans structurel et opérationnel, favoriser ou limiter la créativité de sa réflexion. Nous voulions également connaître, dans son

environnement immédiat, les idées qui ont été véhiculées par ses interlocuteurs quant à la possibilité d'élargir l'éventail des sanctions privilégiées par le droit criminel pour y intégrer des sanctions non afflictives et/ou n'étant pas fondées sur l'obligation d'exclure la participation du délinquant à toute une série d'activités sociales et économiques. Nous voulions finalement connaître dans quelle mesure les membres de la Commission Ouimet ont pu profiter des structures de leur organisation (commission de réforme) et de la variété de leur environnement pour développer, à leur propre compte, une auto-description originale du système de droit criminel et favoriser l'émergence d'un système de pensée qui ne serait pas, point par point, déterminé ni par les idées fortes de la rationalité pénale moderne ni par celles de son environnement immédiat.

Notre analyse a reposé sur différents documents, notamment sur le rapport officiel de la Commission Ouimet, mais aussi sur ses documents d'archives (notes de service, mémoires, rapports d'experts, comptes rendus des réunions, etc.). Cet univers total des documents a été travaillé de l'intérieur et réduit à un corpus empirique regroupant différents énoncés susceptibles d'éclairer certains aspects importants pour notre réflexion.

L'analyse du matériel empirique nous a permis d'identifier, pour le fonctionnement des commissions de réforme du droit, trois ressources organisationnelles potentiellement favorables à l'émergence des idées innovatrices. Rien ne garantit l'innovation—tout dépend, évidemment, de l'usage qu'en font les membres d'une commission de réforme particulière. Cependant, lorsque ces ressources sont réunies comme conditions de fonctionnement de l'organisation, on peut théoriquement les concevoir comme des conditions *structurelles* favorables à l'émergence des idées innovatrices.

La première ressource organisationnelle concerne *l'autre temporalité* des commissions de réforme du droit. Les commissions ont besoin de temps; d'un temps pour elles. Elles peuvent ainsi se distinguer d'autres organisations politiques pressées par le temps et l'obligation de produire des résultats dans l'immédiat (Parlement, Cabinet). Les commissions de réforme gagnent à pouvoir fonctionner dans une temporalité décélérée. Elles ne doivent pas, pour produire des idées innovatrices, être précipitées par la mise en oeuvre d'un programme politique trop chargé; elles ne doivent pas devoir non plus trouver immédiatement des solutions à tout problème émergent. La valeur innovatrice du produit de l'organisation ne dépend pas de ce qui a été quantitativement produit, mais bien du temps qu'elle a eu pour la réflexion. Sans cette ressource (le temps), une commission de réforme du droit ne peut traiter adéquatement de la complexité d'un problème. La vie organisationnelle et la fécondité innovatrice d'une communication sont, pour cette même raison (la nécessité du temps), dépendantes des aléas de la politique. Par exemple, un parti politique peut faire pression sur une commission de réforme pour qu'elle rende son rapport pendant le mandat dudit parti; il peut par ailleurs abolir une commission créée par un parti rival. Les commissions de réforme peuvent toutefois exiger des délais supplémentaires, ce qu'un parti politique ne peut pas toujours faire—il ne peut pas, au-delà d'un certain délai, repousser des élections le temps de finaliser la mise en oeuvre de son programme. On avait au départ prévu deux ans—ce qui était trop court pour une commission de ce genre—pour la réalisation des travaux de la Commission Ouimet, elle en aura finalement pris quatre. Dans l'arène politique moderne, cette temporalité ne peut être que le privilège de certaines organisations, les autres, de loin les plus influentes en matière de droit criminel, doivent fonctionner dans une temporalité qui paraît toujours plus accélérée. Aussi, la ressource temps est une ressource dans la mesure où elle permet d'exploiter d'autres ressources qui n'auraient pu l'être autrement. En l'occurrence, les ressources relatives à la liberté de pensée et à la capacité de s'étendre plus loin dans l'empirie.

Ce qui prend du temps dans le fonctionnement d'une organisation, ce n'est pas la prise de décisions, mais bien le développement du « sens du problème » (Bachelard, 1938 : 44)²⁵⁷ et la détermination de la meilleure décision à prendre dans une situation donnée. Ce processus est un processus de réflexion qui fait intervenir un ensemble de possibilités, des possibilités plus conventionnelles et des possibilités plus innovatrices. Les plus conventionnelles sont celles qui exigent le moins d'effort, celles auxquelles on adhère spontanément, celles qui sécurisent, celles qui sont attendues et qui par conséquent offrent le moins de résistance. Les plus innovatrices sont celles qui troublent, qui provoquent, qui choquent parce qu'elles dévient de l'ordre établi. Les plus innovatrices ne peuvent émerger et être valorisées que lorsque la liberté de penser est encouragée par l'organisation. Une commission de réforme peut, en son sein, soit encourager ses membres à donner libre cours à leur imagination, les encourager à innover, soit encore les inviter à une simple « mise à jour » du *statu quo* : à une *ré-forme* qui conserve la même forme. Dans un parti politique, le *Whip* s'assure justement de cela, c'est-à-dire de discipliner les membres de manière à ce que les positions qu'ils tiendront en chambre soient cohérentes avec celles qui ont été préétablies dans les grandes lignes du parti. Sur le plan de l'innovation, les commissions de réforme du droit qui, en principe, peuvent être beaucoup plus permissives que les organisations politiques « classiques » de l'État, disposent d'une alternative. Il s'agit toutefois d'une alternative virtuelle; le président d'une commission de réforme peut ne pas exploiter la ressource de la *liberté de pensée* et assujettir ses membres à ses propres idées ou aux idées dominantes, mais ceci relève souvent de la sélection d'une alternative et non d'une limite inhérente au fonctionnement de l'organisation. Le choix du président par le politique peut avoir un impact sur cette ressource.

²⁵⁷ Bachelard voyait dans la définition du « sens du problème » le « nerf du progrès » (Bachelard, 1938 : 29). Nous nous référons à la conclusion du chapitre IV pour parler plutôt ici d'une condition favorable à la « dérive » (Remouchamps et Tilman, 1991 : 105).

Selon les ressources financières octroyées par le politique, les commissions de réforme du droit peuvent également s'étendre plus ou moins largement dans l'empirie dans une mesure qui dépasse ce qui peut être à cet égard réalisable dans le cadre des autres organisations politiques. Le temps est bien évidemment une condition de possibilité pour la réalisation de cette démarche, mais le rapport à la connaissance joue aussi un rôle important. Les commissions de réforme du droit observent le droit et donc des réalités éminemment complexes et techniques qui nécessitent souvent des connaissances spécialisées. Les membres d'une commission de réforme du droit sont généralement familiers avec certaines réalités juridiques particulières, mais très peu vont se considérer experts dans tous les domaines. Par ailleurs, la recherche d'idées innovatrices implique des activités de consultation auprès des personnes susceptibles de pouvoir les fournir ou stimuler leur développement. Une démarche vers la connaissance peut être activement entreprise pour connaître ce qu'on ne connaît pas. Strictement du point de vue de la découverte des idées innovatrices, les sondages d'opinion (questionnaires) ne sont d'aucune utilité. Cependant, ces sondages peuvent permettre à une commission d'identifier les arguments qui feront obstacle aux idées innovatrices. Des recherches doivent être consultées, d'autres doivent être produites, des visites doivent être organisées, des entretiens doivent être réalisés, bref, l'obligation de connaître exige généralement ici que l'organisation puisse elle-même s'étendre dans l'empirie.

Il faut sans doute insister davantage sur un point : le pouvoir politique chargé de la mise sur pied des commissions de réforme peut intervenir en aval pour limiter ces trois ressources. Notre analyse montre toutefois qu'une commission de réforme, même lorsqu'elle est placée sous la direction d'une organisation politique, comme un ministère, peut revendiquer un espace d'autonomie et tracer des frontières opérationnelles qui, dans les faits, « suspendent » du point de vue des idées et des opérations le rapport hiérarchique existant. Le politique peut tenter d'influencer les décisions, il peut tenter de circonscrire plus ou moins restrictivement le mandat,

limiter le temps qui sera alloué à la réalisation des travaux, limiter les fonds déployés pour financer le fonctionnement global de l'organisation, mais la commission peut aussi développer des stratégies de résistance qui lui permettront de négocier avec l'autorité, de rééquilibrer les pouvoirs, et d'obtenir, en amont, ce qui n'avait pas été donné dès le départ.

Lorsque ces ressources favorables à l'émergence des idées innovatrices peuvent être exploitées, une commission de réforme peut décider, dans l'exercice de son autonomie organisationnelle, de suivre néanmoins les traces de la tradition et de rester normativement fidèle à ce qui a été actualisé dans le passé, mais elle peut aussi décider de s'engager dans un projet d'apprentissage où elle s'autorisera elle-même à contester les idées reçues pour explorer plus activement les alternatives. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'une décision qui relève des membres de la commission : les structures objectives de l'organisation, elles, permettent les deux orientations.

L'analyse des idées véhiculées dans l'environnement immédiat de la Commission Ouimet (par ses interlocuteurs) révèle la prédominance des idées fortes de la rationalité pénale moderne. La grande majorité des points de vue se construisent soit dans les trames discursives de la théorie de la dissuasion et de la dénonciation, soit dans les trames discursives de la théorie de la réhabilitation de la première modernité (celle privilégiant le traitement en milieu carcéral). Par les sondages (questionnaires), la Commission a pu voir que certains juges et magistrats s'accrochaient encore, par ailleurs, à la théorie de la rétribution. En d'autres termes, de façon générale, plutôt que de s'aventurer dans la variété, on peut dire que l'environnement immédiat de la Commission Ouimet a actualisé la redondance en matière de droit criminel. Certains points de vue ont tout de même pu se détacher de la rationalité pénale moderne pour mettre en avant-plan des idées de réhabilitation construites dès le départ dans la face de l'inclusion sociale du transgresseur. On

commence alors à mettre au premier plan l'idée du traitement au sein même de la communauté.

Il n'est pas impossible que ces interlocuteurs plus innovateurs aient stimulé ou influencé la réflexion de la Commission Ouimet, mais ceci n'enlève en rien le mérite qui reviendrait à la commission elle-même : rares et exceptionnels, noyés dans une masse de discours centrée sur l'affliction et l'exclusion sociale du délinquant, il fallait en effet activement chercher et sélectionner ces brèches d'innovation et être en mesure de les mettre en valeur, notamment en les attachant à d'autres idées et manières de penser du droit criminel. Une commission de réforme non créative aurait au contraire tout simplement sélectionné et reproduit ici les idées dominantes de la rationalité pénale moderne et recommandé des changements ne remettant en cause aucune structure névralgique sur le plan de l'évolution.

Ce n'est pas la direction qu'a prise la Commission Ouimet. Elle a considéré un ensemble de points de vue, mais elle a opéré ses propres sélections et ainsi exercé son autonomie organisationnelle pour construire une auto-description qui était originale en matière de droit criminel. En son sein, la réflexion prend en effet une distance critique par rapport aux redondances du système de pensée dominant. La prise de décisions n'a pas été déterminée par une forme d'attachement usuel aux communications dominantes. L'« historicité » (von Foerster, 1991) du système pouvait ainsi être en tout point remise en question, la validité des prémisses décisionnelles fondamentales pouvait par ailleurs être critiquée devant des préoccupations d'ordre éthique. En somme, libérée du connu, elle pouvait ainsi remobiliser la contingence des choix fondamentaux qui avaient été opérés entre le XVIII^e et le XIX^e siècles et s'offrir le luxe d'actualiser dans ses recommandations ce qui avait jadis été exclu des possibilités admissibles en matière de droit criminel.

Le résultat final est un système de pensée émergent (par opposition à achevé) définissant plus positivement et avec moins d'hostilité le rapport « société-délinquant ». C'est un système de pensée plus favorable aux sanctions non afflictives, plus ouvert aux alternatives privilégiant l'inclusion plutôt que l'exclusion sociale du délinquant. C'est aussi un système de pensée plus sensible à la complexité des rapports sociaux et plus concrètement engagé dans ce qui peut être, au-delà du crime, préservé dans les liens qui unissent les individus entre eux. C'est finalement un système de pensée orienté vers des objectifs plus réalistes, moins abstraits et qui considère les coûts sociaux de l'intervention comme des indicateurs de performance tout aussi importants que la réduction de la criminalité.

La variété que produit la Commission Ouimet se conçoit théoriquement comme une complexification interne des matériaux juridiques mis à la disposition des organisations politiques (Parlements, Cabinet) et juridiques (tribunaux) responsables de leur sélection et de leur stabilisation. Les commissions de réforme du droit peuvent—sous certaines conditions—fournir une variété pour l'évolution du système de droit criminel moderne, mais elles ne peuvent pas l'actualiser. La non-évolution du droit criminel moderne ne marque donc pas *en soi* l'échec des commissions de réforme du droit ni ne peut-elle nous informer sur la qualité des idées développées par ces commissions. Le problème est d'ordre macro-sociologique : à ce niveau, il échappe à une « planification complète » et implique plutôt la contingence.

BIBLIOGRAPHIE

- Acosta, F. (1984). Les affaires de ville d'Anjou ou la mise en forme pénale de la corruption politique. Thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal.
- 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.
- Alter, N. (2005). L'innovation ordinaire. Paris, Quadrige/Presses universitaires de France.
- Andersen, N. A. (2003). Discursive Analytical Strategies. Understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann. Bristol, The Policy Press.
- Austin, J. L. (1970). Quand dire, c'est faire. Paris, Seuil.
- Bachelard, G. (1938). La formation de l'esprit scientifique. Paris, Vrin, 1975.
- Bacon, F. (1620). Novum Organum. Paris, Presses universitaires de France, 1986.
- Badinter, R. (1991). « Préface ». Des délits et des peines. C. Beccaria. Paris, Flammarion.
- Baratta, A. (1999). « Droits de l'homme et politique criminelle ». Déviance et Société, vol. 23, no. 3, p.239-257.
- Bardin, L. (1977). L'analyse de contenu. Paris, Presses universitaires de France.
- Barel, Y. (1977). « L'idée de système dans les sciences sociales ». Esprit, vol. 1, p.69-82.
- 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 et J. P. Dupuy, Paris, Seuil, p.466-475.
- Bateson, G. (1972). Steps to an Ecology of Mind. San Francisco, The University of Chicago Press.

- Beauchemin, J., G. Bourque et J. Duchastel (1991). « L'Église, la tradition et la modernité ». Recherches sociographiques vol. XXXII, no. 2, p.175-197.
- Beccaria, C. (1764). Des délits et des peines. Paris, Flammarion, 1991.
- Beck, U. (1986). La société du risque: sur la voie d'une autre modernité. Paris, Aubier.
- Bentham, J. (1840). Théorie des peines et des récompenses. Bruxelles, Société belge de librairie.
- Berger, P. et T. Luckmann (1966). The social construction of reality: a treatise in the sociology of knowledge. New-York, Penguin Books.
- Blackburn, P. (1992). Connaissance et argumentation. Saint-Laurent, Éditions du Renouveau Pédagogique Inc.
- Bourdé, G. et H. Martin (1997). Les écoles historiques. Paris, Seuil.
- Bourdieu, P. (1993). « Esprits d'État. Genèse du champ bureaucratique ». Actes de la recherche en sciences sociales, no. 96-97, p. 49-62.
- Bourgeault, G. (2004). « L'innovation sociale et ses implications. Considérations éthiques ». 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.7-23.
- Callon, M. (1986). « Éléments pour une sociologie de la traduction. La domestication des coquilles Saint-Jacques et des marins-pêcheurs dans la baie de Saint-Brieuc ». L'année sociologique, vol. 36, p. 169-208.
- Campbell, J. (2004). « Institutions and their reconstruction ». In Deconstruction and reconstruction. The Central European Pragmatist Forum (vol. II), sous la dir. de J. Ryder et K. Wilkiszewska, New York, Éditions Rodopi, p. 43-47.
- Carbonnier, J. (1972). Sociologie juridique. Paris, Armand Colin.
- Carbonnier, J. (1992). Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur. Paris, L.G.D.J.
- Cauchie, J.-F. (2003). Contribution des travaux communautaires à une manière innovante de penser et de pratiquer l'intervention pénale. Thèse de doctorat, Louvain, Université Catholique de Louvain.

- Cauchie, J.-F. (2005). « Un système pénal entre complexification et innovations. Le cas ambivalent des travaux communautaires belges ». Déviance et Société, vol. 4, p.399-422.
- Cayley, D. (1998). The Expanding Prison: The crisis in crime and punishment and the search for alternatives. Toronto, Anansi.
- Christie, N. (1993). Crime Control as Industry: towards Gulag, Western Style?. London, Routledge.
- Christie, N. (2003). L'industrie de la punition. Prison et politique pénale en Occident, Paris, Éditions Autrement.
- Commission de Réforme du Droit du Canada, (1982). Le droit pénal dans la société canadienne. Ottawa, ministère de la Justice.
- Coriat, B. et O. Weinstein (2002). « Organizations, firms and institutions in the generation of innovation ». Research Policy, vol. 31, p.273-290.
- Crozier, M. et E. Friedberg (1977). L'acteur et le système. Paris, Seuil.
- Douglas, M. (1999). Comment pensent les institutions. Paris, Éditions la Découverte.
- Dreyfus, H. et P. Rabinow (1984). Michel Foucault. Un parcours philosophique. Paris, Gallimard.
- Dubé, R. (2001). Une enquête exploratoire sur la rationalité coûts/bénéfices de la théorie de la dissuasion. Thèse de maîtrise, Ottawa, Université d'Ottawa.
- Duchastel, J. (1993). « Discours et informatique: des objets sociologiques ». Sociologie et Sociétés, vol. XXV, no. 2, p.157-170.
- Faugeron, C. (1994). « Légitimité du pénal et ordre social ». Carrefour, vol. 16, no 2, p.64-89.
- Fédida, J.-M. (2006). Horreur sécuritaire: les trente honteuses. Paris, Éditions Privé.
- Forsé, M. (2000). « Les théories du changement social ». In La sociologie. Histoire et idées, sous la dir. de P. Cabin et J.-F. Dortier, Paris, Éditions Sciences humaines, p.277-285.
- Foucault, M. (1969). L'archéologie du savoir. Paris, Gallimard.

- Foucault, M. (1975). Surveiller et punir: naissance de la prison. Paris, Gallimard.
- Friedberg, E. (1978). « Les systèmes formalisés de Niklas Luhmann ». Revue française de sociologie, vol. XIX, p. 593-601.
- 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>.
- Garland, D. (2001). The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago, University of Chicago Press.
- Gauchet, M. (1985). Le désenchantement du monde. Paris, Gallimard.
- Giddens, A. (1991). Modernity and Self Identity. Self and Society in the Late Modern Age. Stanford (California), Stanford University Press.
- Ghiglione, R., C. Kekenbosch et A. Landré (1995). L'analyse cognitivo-discursive. Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble.
- Guibentif, P. (1993). « 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.
- Goffman, E. (1961). Asiles. Paris, Éditions de Minuit.
- Hopenhayn, M. (1994). Ni apocalípticos ni integrados. Aventuras de la modernidad en América latina. México, Fondo de cultura economica (F.C.E.).
- Hulsman, L. et J. Bernat de Celis (1982). Peines perdues. Le système pénal en question. Paris, Le Centurion.
- Jeandidier, W. (1991). Droit pénal général. Paris, Montchrestien.
- Khodoss, Fl. (1971). Kant. La raison pure. (Ed.) Paris, PUF.
- Kosseleck, R. (1990). Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques. Paris, EHESS.

- Kundera, M. (1990). L'immortalité. Paris, Gallimard.
- Landreville, P., V. Blankevoort et A.P. Pires (1981). Les coûts sociaux du système pénal. Montréal, Université de Montréal.
- Lash, S. et B. Wynne (1992). « Introduction ». Risk Society. Towards a new modernity. U. Beck. London, Sage Publications, p.1-8.
- Lee, D. (2000). « The Society of Society : The Grand Finale of Niklas Luhmann ». Sociological Theory, vol. 8, no. 2, p. 320-330.
- Luhmann, N. (1984). Social Systems. Stanford (California), Stanford University Press, 1995.
- Luhmann, N. (1985). A sociological theory of law. Londres, Routledge & Kegan Paul.
- Luhmann, N. (1988). « Closure and Openness : On the Reality in the World of Law ». In Autopoietic Law : a New Approach to Law and Society, sous la dir. de G. Teubner, New York, De Gruyter, p.335-348.
- Luhmann, N. (1989). « Droit comme système social ». Droit et Société, vol. 11, no. 12, p. 53-66.
- Luhmann, N. (1993a). Law as a social system. Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Luhmann, N. (1993b). « La troisième question: de l'usage créatif des paradoxes dans le droit et dans l'histoire du droit ». Recherches sociologiques, vol. 24, no.1-2, p.25-43.
- Luhmann, N. (1993c). « Clôture et couplage ». 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.73-95.
- Luhmann, N. (1994). « La malice du sujet et la question de l'homme », Sociétés, vol. 43, p.3-15.
- Luhmann, N. (1997). « Quod omnes tangit ». In Le droit contre le droit, sous la dir. de J. Bidet et J. Texier, Paris, Presses universitaires de France, p.29-48.
- Luhmann, N. (1999). Politique et complexité. Paris, Éditions du Cerf.

- Luhmann, N. (2001). Légitimation par la procédure. Montréal, Les Presses de l'Université Laval.
- Luhmann, N. et R. De Giorgi (1992). Teoria de la Sociedad. Mexico, Triana Editores y Universidad Iberoamericana, 1998.
- Liotard, J.-F. (1979). La condition postmoderne. Paris, Les Éditions de Minuit.
- Liotard, J.-F. (1983). Le différend. Paris, Les Éditions de Minuit.
- Mannheim, K. (1956). Idéologie et utopie. Paris, Marcel Rivière.
- Matteaccioli, A. (2006). « Les milieux innovateurs: caractéristiques structurelles et organisationnelles et émergence de leurs capacités innovatrices à la lumière des systèmes complexes ». In Milieux innovateurs: Théories et politiques, sous la dir. de R. Camagni et D. Maillat, Paris, Economica, Anthropos, p. 289-319.
- Mohr, J. W. (1980). « New Directions in Sentencing ». In New directions in Sentencing, sous la dir. de B. A. Grosman, Toronto, Butterworths & Co. (Canada) LTD, p. 19-31.
- Morin, E. (1983). « Peut-on concevoir une science de l'autonomie? ». In Colloque de Cerisy. L'auto-organisation: de la physique au politique, sous la dir. de P. Dumouchel et J. P. Dupuy, Paris, Seuil, p.317-325.
- Morin, E. (1990). Introduction à la pensée complexe. Issy-les-Moulineaux, ESF éditeur.
- Nobles, R. et D. Schiff (2004). « Introduction ». Law as a social system. N. Luhmann. Oxford, Oxford University Press, p.1-52.
- Nonet, P. et P. Selznick (1978). Law and Society in Transition: Toward a Responsive Law. New York, Octagon Books.
- Nora, P. (1984). Les lieux de mémoires. Paris, Gallimard.
- 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.

- Pires, A. P. (1987). « La réforme pénale au Canada: L'apport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine ». Criminologie, vol. 20, no. 2, p.11-55.
- Pires, A. P. (1991). « Éthiques et réforme du droit criminel: Au-delà des philosophies de la peine », Ethica, vol. 3, no. 2, p.47-78.
- Pires, A. P. (1995). « Quelques obstacles à une mutation du droit pénal ». Revue générale de droit, vol. 26, no. 1, p.133-154.
- Pires, A. P. (1998). « Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne ». Histoire des savoirs sur le crime & la peine 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie. Bruxelles, De Boeck Université, p.1-52.
- Pires, A. P. (2001). « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », Sociologie et Sociétés, vol. 33, no.1, p.179-204.
- Pires, A. P. (2002). « Codifications et réformes pénales ». In Crime et sécurité. L'état des savoirs, sous la dir. de L. Mucchielli et P. Robert, Paris, Éditions la Découverte, p. 84-92.
- Pires, A.P. (2007). « Réflexions théoriques et méthodologiques sur le transfert de valeurs : le cas du droit criminel », In Transfert : explorations d'un champ conceptuel, sous la dir. de N. Goyer, P. Gin et W. Moser, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa (à paraître).
- Pires, A. P. et F. Acosta. (1994). « Les mouches et la bouteille à mouches: utilitarisme et rétributivisme devant la question pénale », Carrefour, revue de réflexion interdisciplinaire, vol. 16, no. 2, p.3-39.
- Pires, A. P., A. Cellard, et G. Pelletier. (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.
- Pires, A.P. et J.-F. Cauchie (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 M. Garcia (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.
- Pradel, J. (1989). Histoires des doctrines pénales. Paris, Presses universitaires de France.
- Rapport Archambault, (1938). Rapport de la Commission royale d'enquête sur le système pénal, Canada, Imprimeur de la Reine.
- Rapport Fauteux, (1956). Rapport du Comité institué pour faire enquête sur les principes et les méthodes suivis au service des pardons du ministère de la Justice du Canada, Canada, Imprimeur de la Reine.
- 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.
- Remouchamps, R. et F. Tilman (1991). Créativité et innovation dans les entreprises et les organisations. Bruxelles, Éditions Vie ouvrière.
- Rey, J.-F. (1997). Lévinas. Le passeur de justice. Paris, Éditions Michalon.
- Roberts, J. (2001). « Évolution et conséquence de la réforme de la sentence au Canada ». Sociologie et Sociétés, vol. 33, no. 1, p.67-83.
- Rocher, G. (1988). « Pour une sociologie des ordres juridiques », Les Cahiers du droit, vol. 29, no. 1, p. 91-120.
- Rotman, E. (1990). Beyond Punishment: A new view on the rehabilitation of criminal offenders. New York, Greenwood Press.
- Rousseau, J.-J. (1762). Du Contrat social. Paris, Flammarion (1992).
- Savelsberg, J. J. (1987). « The Making of Criminal law norms in Welfare States: Economic Crime in West Germany », Law & Society Review, vol. 21, no. 4, p.529-561.

- Schumpeter, J., A. (1961). The theory of economic development: an inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest and Business Cycle. New York, Oxford University Press.
- Seidl, D. (2003). « Organisational identity in Luhmann's theory of social systems ». Autopoietic organization theory: drawing on Niklas Luhmann's social systems perspective, T. Bakken et T. E. Hernes, Copenhagen, Copenhagen Business School Press, p. 123-149.
- Spencer-Brown, G. (1972). Laws of Form. New York, The Julian Press Inc..
- Sperber, D. (1996). La contagion des idées. Paris, Éditions Odile Jacob.
- Tabatoni, P. (2005). Innovation: Désordre et progrès. Paris, Économica.
- Teubner, G. (1989). « How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law ». Law & Society Review, vol. 23, no. 5, p. 727-757.
- Teubner, G. (1996). Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation. Belgique, Bruylant.
- Teubner, G. (1997). « Briser les cadres: le "je" mondial entre "systèmes" sociaux et juridiques ». In Normes, normes juridiques, normes pénales: pour une sociologie des frontières. (Tome 1), sous la dir. de Ph. Robert, F. Soubiran-Paillet et M. van de Kerchove, Paris, L'Harmattan, p.223-249.
- Turner, J. (1971). « Law for the Seventies : A manifesto for Law Reform ». McGill Law Journal, vol. 17, no. 1, p.1-10.
- von Foerster, H. (1991). « Through the Eyes of the Other », In Research and Reflexivity. sous la dir. de F. Steier. London, Sage publications, p. 63-75.
- Wagner, P. (1996). Liberté et discipline, les deux crises de la modernité, Paris, Métailé.
- Weber, M. (1960). Sociologie du droit. Paris, Presses universitaires de France, 1986.
- Weber, M. (1995). Économie et société / 2: L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie. Paris, Librairie Plon.
- Zoll, R. (1998). « Le défi de la solidarité organique: Avons-nous besoin de nouvelles institutions pour préserver la cohésion sociale? », Sociologie et Sociétés, vol. XXX, no. 2, p.1-10.