

### **Note au lecteur :**

Ce chapitre est tiré de ma thèse de doctorat et reprend l'analyse des idées innovatrices qui ont été formulées par la Commission Ouimet : commission de réforme du droit instituée dans les années 1960 pour repenser les principes et objets fondamentaux du droit criminel canadien. Le lecteur pourra profiter du résumé de la thèse et de son introduction que j'ai placés en annexe de ce document et qui lui permettront d'entrer dans les grandes lignes de la problématique. L'analyse discursive qui est présentée ici s'inscrit dans les travaux de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale (titulaire : Alvaro Pires). Vos questions, critiques et commentaires me permettront de dépasser le stade actuel de cette réflexion fondamentale sur l'évolution du droit criminel moderne et son entrée (tardive) dans une modernité elle-même déjà tardive. Au début de l'atelier du 5 mars, je profiterai des quelques minutes qui me seront allouées pour présenter la problématique et préciser certains points de conceptualisation théorique.

## 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 redondance<sup>1</sup>.

## 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 moderne qui au contraire met axiologiquement l'individu, sa liberté et son jugement, au tout premier plan<sup>2</sup>.

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

---

<sup>1</sup> Nous renvoyons ici le lecteur à la partie 1.2.2 du chapitre théorique (la notion d'innovation).

<sup>2</sup> 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.

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'homme<sup>3</sup> à une perspective qui ne peut concevoir le rapport délinquant-société autrement que dans une forme d'opposition irréconciliable entre le tout et la partie<sup>4</sup>, 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 commun<sup>5</sup> envers qui, au nom de la Société et de sa

---

<sup>3</sup> 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 *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.

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> 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

protection, bien des mesures autrement contraires aux valeurs fondamentales de cette même Société peuvent se justifier et être ainsi mises en œuvre<sup>6</sup>.

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).

---

représentation guerrière et ont ainsi contribué à alimenter certaines fractions sociales comme celle que nous avons récemment connue avec les émeutes des banlieues françaises.

<sup>6</sup> 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.

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 personne<sup>7</sup>. 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 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

---

<sup>7</sup> 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.

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)<sup>8</sup>. 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)<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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

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 incriminations<sup>10</sup>, elle 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

---

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 »).

<sup>10</sup> 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, 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).

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 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 indirectement<sup>11</sup>) 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-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).

---

<sup>11</sup> 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 subissent alors les conséquences psychologiques et économiques qui entrent dans la catégorie des coûts sociaux dont se soucie la Commission Ouimet.

### 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*<sup>12</sup>, 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 souligné<sup>13</sup>).

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

---

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> Nous reviendrons plus loin sur le souligné placé sur les énoncés A, B, et C.

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 permettront 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 obligation<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Voir chapitre théorique, pages 42 et 49.

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 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 »<sup>15</sup>; nous aurions, en revanche, dans une conception définie en termes d'autorisation, une sémantique plus complexe réintroduisant l'alternative dans

---

<sup>15</sup> 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 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).

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 pas condamner, de ne pas punir ou traiter<sup>16</sup>. 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

---

<sup>16</sup> 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.

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 châtement 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 châtement corporel tant « comme peine judiciaire [que] comme punition pénitentiaire »<sup>17</sup> (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 moderne<sup>18</sup>. 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'acquiescement » (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

---

<sup>17</sup> Le châtement 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.

<sup>18</sup> 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)<sup>19</sup>.

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 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 répression<sup>20</sup>. 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

---

<sup>19</sup> Pour une application pratique de ces concepts à des objets du domaine de la criminologie, voir Garcia (2007) et Pires (2007).

<sup>20</sup> 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).

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 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*<sup>21</sup>. 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.

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

---

<sup>21</sup> 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).

proposés par la Commission Ouimet pourrait jouer contre l'aboutissement du projet de réforme souhaité<sup>22</sup>.

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, 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

---

<sup>22</sup> 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.

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 répudiation<sup>23</sup>. 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

---

<sup>23</sup> Aussi communément appelée la « théorie de la dénonciation ».

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 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<sup>e</sup> 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'acte<sup>24</sup>.

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

---

<sup>24</sup> 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.

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 »<sup>25</sup>.

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.

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

---

<sup>25</sup> Voir chapitre précédent, page 202.

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 medium<sup>26</sup>. 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

---

<sup>26</sup> 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.

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 ».

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 »<sup>27</sup> (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?

#### 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

---

<sup>27</sup> 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).

avec les attentes 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'ensemble<sup>28</sup> » (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

---

<sup>28</sup> 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).

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 relation avec la stabilisation des attentes 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 function »<sup>29</sup> (Luhmann, 1993a : 148), la fonction du système de droit criminel ne peut être que la stabilisation des attentes 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 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

---

<sup>29</sup> Luhmann (1993 : 148) accepte que l'on puisse théoriquement penser des « sous-fonctions » (*sub-functions*), mais ces sous-fonctions ne peuvent qu'être des sous-fonctions de la fonction première, celle de stabiliser les attentes normatives de comportements.

« protection de la société » *sur le plan des prestations*<sup>30</sup> 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'incarcération<sup>31</sup>.

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 attentes comportementales dans la mesure où elle communique en soi l'attachement du 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 davantage<sup>32</sup> 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

---

<sup>30</sup> Sur la distinction fonction/prestation (ou, en anglais, « *function/performance* »), voir Luhmann (1981, 73; 1993, 167).

<sup>31</sup> Ces exemples sont tirés d'un document de travail (un schéma) produit par Alvaro Pires (2006).

<sup>32</sup> 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).

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 *totalement* son étiquette de « délinquant » pouvait être temporairement ou 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.

## **BIBLIOGRAPHIE**

- Ahlemeyer, H. W. (2001). « Management by complexity: redundancy and variety in organizations ». In Sociocybernetics, sous la dir. de F. Geyer et J. van der Zouwen, Westport (Connecticut), Greenwood Press, p. 59-72.
- Austin, J. L. (1970). Quand dire, c'est faire. Paris, Seuil.
- Baratta, A. (1999). « Droits de l'homme et politique criminelle ». Déviance et Société, vol. 23, no. 3, p.239-257.
- Beck, U. (1986). La société du risque: sur la voie d'une autre modernité. Paris, Aubier.
- Blackburn, P. (1992). Connaissance et argumentation. Saint-Laurent, Éditions du Renouveau Pédagogique Inc.
- 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.
- Christie, N. (2003). L'industrie de la punition. Prison et politique pénale en Occident, Paris, Éditions Autrement.
- Dreyfus, H. et P. Rabinow (1984). Michel Foucault. Un parcours philosophique. Paris, Gallimard.
- 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.
- 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.
- Giddens, A. (1991). Modernity and Self Identity. Self and Society in the Late Modern Age. Stanford (California), Stanford University Press.
- 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.
- Lash, S. et B. Wynne (1992). « Introduction ». Risk Society. Towards a new modernity. U. Beck. London, Sage Publications, p.1-8.
- 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. (1993a). Law as a social system. Oxford, Oxford University Press, 2004.
- 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. (2001). Légitimation par la procédure. Montréal, Les Presses de l'Université Laval.
- Lyotard, J.-F. (1983). Le différend. Paris, Les Éditions de Minuit.
- 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.
- Nonet, P. et P. Selznick (1978). Law and Society in Transition: Toward a Responsive Law. New York, Octagon Books.
- 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. (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).
- 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.
- Rey, J.-F. (1997). Lévinas. Le passeur de justice. Paris, Éditions Michalon.
- Rousseau, J.-J. (1762). Du Contrat social. Paris, Flammarion (1992).
- 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.

## ANNEXE

### 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 XVIII<sup>e</sup> 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 Ouimet<sup>33</sup> 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 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

---

<sup>33</sup> Tout au long de ce travail, nous désignerons le *Comité canadien de réforme pénale et correctionnelle* par l'expression « Commission Ouimet ».

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 aurons par « 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<sup>e</sup> 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 pourrons 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.