

Une enquête théorique et empirique sur les menaces externes à l'indépendance judiciaire dans le cadre du *sentencing*

MARGARIDA GARCIA and RICHARD DUBÉ

Volume 47, Number 1, 2017

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1040495ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1040495ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Garcia, M. & Dubé, R. (2017). Une enquête théorique et empirique sur les menaces externes à l'indépendance judiciaire dans le cadre du *sentencing*. *Revue générale de droit*, 47(1), 5–45. <https://doi.org/10.7202/1040495ar>

Article abstract

In its external dimension, judicial independence has traditionally been conceived only in relation to the two other branches of the State, the legislative and the executive. On the basis of qualitative interviews and in the specific context of sentencing, this article explores the contours of judicial independence and of the possible external threats to the decisional freedom of judicial actors, threats whose origin is located not only inside but also outside the traditional state powers. The objective we have set ourselves in this study is to offer a more contemporary and enlarged perspective on the conditions that favour the full protection of the area of freedom in decision-making, the one that a strong concept of judicial independence demands. This has led us to problematize the external threats that compromise the integrity of sentencing system. In particular, we have focused on the political threats posed by mandatory minimum sentences, those arising from media pressure, from the so-called “public opinion” or from the demands that some social movements address to the criminal law system.

ARTICLE

Une enquête théorique et empirique sur les menaces externes à l'indépendance judiciaire dans le cadre du *sentencing*

MARGARIDA GARCIA* ET RICHARD DUBÉ**

RÉSUMÉ

Dans sa dimension externe, l'indépendance judiciaire a traditionnellement été conçue en rapport avec les autres branches de l'État, les pouvoirs législatif et exécutif. Sur la base d'entrevues qualitatives et dans le contexte spécifique de la détermination de la peine, cet article explore les contours de l'indépendance judiciaire par rapport à ce que les acteurs judiciaires peuvent considérer comme des menaces externes à leur liberté décisionnelle, menaces dépassant pour eux le cadre plus traditionnel de ce qui relève strictement de l'État. L'objectif que nous nous sommes fixé est d'offrir une perspective à la fois plus contemporaine et élargie des conditions susceptibles de favoriser la pleine protection de la zone de liberté décisionnelle qu'exige l'indépendance judiciaire. Cela nous a amenés à problématiser les menaces externes qui, sans être nécessairement étatiques, peuvent néanmoins compromettre, de l'extérieur, l'intégrité de la détermination de la peine. Nous nous sommes plus particulièrement intéressés aux menaces que représentent, dans ce contexte, les peines minimales obligatoires, celles émanant de la pression médiatique, de l'opinion publique et des demandes adressées au système pénal par les mouvements sociaux.

MOTS-CLÉS :

Indépendance judiciaire, recherche empirique en droit, détermination de la peine.

ABSTRACT

In its external dimension, judicial independence has traditionally been conceived only in relation to the two other branches of the State, the legislative and the executive. On the basis of qualitative interviews and in the specific context of sentencing, this

* Professeure à la Faculté de droit (Section de droit civil) et à la Faculté des sciences sociales (Département de criminologie) de l'Université d'Ottawa.

** Professeur au Département de criminologie de l'Université d'Ottawa.

article explores the contours of judicial independence and of the possible external threats to the decisional freedom of judicial actors, threats whose origin is located not only inside but also outside the traditional state powers. The objective we have set ourselves in this study is to offer a more contemporary and enlarged perspective on the conditions that favour the full protection of the area of freedom in decision-making, the one that a strong concept of judicial independence demands. This has led us to problematize the external threats that compromise the integrity of sentencing system. In particular, we have focused on the political threats posed by mandatory minimum sentences, those arising from media pressure, from the so-called "public opinion" or from the demands that some social movements address to the criminal law system.

KEY-WORDS:

Judicial independence, empirical research in law, sentencing.

SOMMAIRE

Introduction	7
I. Aperçu du concept d'indépendance judiciaire et de sa trajectoire	9
A. Séparation des pouvoirs et diversité des formes de l'indépendance judiciaire dans son contexte d'émergence	10
B. Conceptualisation contemporaine des menaces externes à l'indépendance des tribunaux dans le contexte de la détermination de la peine	13
II. Point de vue des acteurs sur les menaces externes à l'indépendance judiciaire	17
A. Indépendance judiciaire externe et peines minimales obligatoires : « <i>one size doesn't fit all</i> »	18
B. Autres menaces externes à l'indépendance judiciaire	21
1. Opinion publique	24
2. Médias	31
3. Mouvements sociaux	35
Conclusion	41

INTRODUCTION¹

L'indépendance du pouvoir judiciaire comporte une dimension interne et une dimension externe². Cet article a pour but d'analyser les menaces *externes*³ à la liberté décisionnelle des acteurs judiciaires dans le contexte de la détermination de la peine, plus précisément en ce qui a trait au choix des critères servant à déterminer la peine juste et adaptée au cas concret. En revisitant le thème de l'indépendance judiciaire à partir de cette distinction entre *dimension interne* et *dimension externe*, nous nous situerons donc dans la dimension *externe* pour problématiser « les diverses menaces pesant sur l'indépendance [et] qui

1. Le présent texte fait partie d'une série d'articles rédigés dans le cadre d'une recherche subventionnée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH) et ayant pour titre « Les représentations politiques et juridiques de l'opinion publique et leur influence sur le choix des sanctions en droit criminel ». Les travaux menés dans le cadre de cette recherche partagent un objectif commun, qui est celui d'approfondir notre compréhension de l'évolution de la détermination de la peine par l'étude critique des critères moins visibles et moins officiels mobilisés pour choisir la peine juste et adéquate. Il s'agit d'une réflexion de fond produite en collaboration avec les acteurs judiciaires. L'analyse repose sur des entretiens qualitatifs avec des juges et des procureurs, sur des débats parlementaires et sur des arrêts de jurisprudence. Cette analyse a été menée dans deux pays appartenant à deux traditions juridiques distinctes : le Portugal et le Canada. À cet égard, nous tenons à remercier, pour leur précieuse participation dans l'élaboration de ce volet européen du projet, notre collaborateur Pierre Guibentif, professeur associé à l'*Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa — Instituto Universitário de Lisboa* (ISCTE-IUL), ainsi que les assistantes de recherche, Susana Santos et Patricia André. Dans le cadre du présent article, nous nous sommes empiriquement appuyés sur les entretiens qualitatifs. Pour désigner ce projet, nous emploierons désormais l'expression « Projet Opinion publique ». Nous avons ajouté à ce corpus d'autres entretiens du même type réalisés dans le cadre d'une recherche faite antérieurement sur l'impact des droits de la personne sur la détermination de la peine. Nous référerons à cet autre projet en utilisant l'expression « Projet Droits de la personne Canada ». Pour que le lecteur puisse distinguer la source des extraits d'entretiens, nous utiliserons le code POP pour les extraits tirés du Projet Opinion publique — nous distinguerons en outre par un C les entretiens réalisés au Canada et par un P, ceux réalisés au Portugal — et le code PDPC pour les extraits tirés du Projet Droits de la personne Canada. L'intégration des deux corpus met à notre disposition 56 entretiens (26 tirés du POP[C/P] et 30 du PDPC). Nous ajouterons d'autres précisions méthodologiques dans la deuxième partie de ce texte. Nous souhaitons terminer cette note en remerciant Gérald Pelletier, coordonnateur et chercheur associé à la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale, ainsi que les évaluateurs de cet article pour leur lecture attentive et leurs judicieux commentaires.

2. Pour Carcassonne, « la garantie la plus sûre du devoir d'indépendance » réside justement dans « la responsabilité qu'a le juge et dans l'envie qui est la sienne de le défendre contre toute mise en cause, intérieure comme extérieure » : Guy Carcassonne, « Rapport introductif » dans *L'indépendance de la justice. Actes du deuxième congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français*, Dakar, 2007, 31 à la p 41, en ligne : <www.ahjucaf.org/IMG/pdf/Independancejustice.pdf>.

3. Même si cela déborde le cadre du présent article, l'analyse des menaces internes à l'indépendance judiciaire, telles le respect de la hiérarchie judiciaire, mérite aussi d'être développée de façon plus approfondie. Nos recherches futures devraient nous permettre de produire de nouvelles connaissances sur cet autre aspect du thème de l'indépendance judiciaire.

ne sont plus aujourd'hui celles que l'on redoutait hier»⁴. Traditionnellement, la dimension externe de l'indépendance judiciaire a été associée aux garanties qui encadrent le rapport du pouvoir judiciaire avec d'autres pouvoirs publics⁵. Cependant, force est de reconnaître qu'aujourd'hui, de nouveaux pouvoirs externes émergent, lesquels exercent des pressions distinctes, non étatiques, sur la prise de décisions judiciaires, notamment en matière de détermination de la peine. Comme le soulignent Salas et Mingasson, le « contexte de la décision de justice, et plus particulièrement de la sanction pénale a profondément évolué »⁶. De multiples voix s'adressent à la justice et souhaitent être entendues. Dans le climat actuel où ces forces externes se multiplient, la question de savoir comment les acteurs judiciaires composent avec ces « nouvelles » menaces mérite d'être réexaminée. À cet égard, nos recherches nous permettent de cibler plus spécifiquement non seulement les menaces externes reliées à d'autres pouvoirs de l'État (comme le pouvoir législatif), mais surtout les menaces non étatiques, comme celles que représentent l'opinion publique, les mouvements sociaux, les protecteurs des droits de certaines personnes, ou tout autre type de pressions externes susceptibles d'exiger ou d'être perçues comme exigeant des sanctions d'une certaine nature ou d'une certaine durée.

L'analyse des processus de prise de décision, dans lesquels s'exerce en pratique l'indépendance judiciaire, ouvre un domaine d'investigation des plus intéressants pour l'étude du droit et de son évolution. Les questions directrices qui nous permettront de saisir empiriquement cette évolution et qui orienteront notre propos sont les suivantes : dans le contexte de la détermination de la peine, quelles sont aujourd'hui les menaces externes aux formes d'indépendance institutionnelle et substantive du judiciaire⁷? Peut-on observer une augmentation des attentes de toutes sortes qui sont désormais prises en considération dans le choix des peines? Dans l'exercice du pouvoir judiciaire, au-delà des intrusions provenant des autres pouvoirs de l'État (comme celles

4. Carcassonne, *supra* note 2 à la p 40.

5. José Fernando Lousada Arochena et Ricardo Pedro Ron Latas, *La Independencia Judicial*, Madrid, Dykinson, 2015 aux pp 39–40.

6. Denis Salas et Lise Mingasson, « Une transformation de l'économie pénale. Le poids de l'opinion publique et des médias » (2005) 7:127 *Informations sociales* 12 à la p 12.

7. Dans le contexte de cet article, nous relierons l'indépendance dite « institutionnelle » à celle qui concerne les rapports entre les différents pouvoirs de l'État (judiciaire, législatif et exécutif). Quant à l'indépendance dite « substantive », celle-ci fait référence à « *the extent to which judges actually feel themselves free to arrive at a given decision* » : Patricia Hughes, « Judicial Independence: Contemporary Pressures and Appropriate Responses » (2001) 80 R du B can 181 à la p 187.

que représentent les peines minimales fixées par le pouvoir législatif⁸), y a-t-il d'autres facteurs externes pouvant mettre en péril le degré de liberté décisionnelle des acteurs judiciaires?

Les résultats présentés dans cet article nous permettront de proposer une nouvelle description du sens et des frontières du concept d'indépendance judiciaire et d'arriver à une meilleure compréhension de ce qui rend cette indépendance plus particulièrement difficile à protéger dans un contexte comme celui de la détermination de la peine, dans lequel la volonté de punir peut parfois prendre le dessus sur les garanties juridiques et sur les principes de proportionnalité et de modération. À cet égard, nous espérons que cette analyse puisse ultimement contribuer à accroître la vigilance des acteurs à l'égard des menaces à leur indépendance, lesquelles sont parfois subtiles, difficiles à percevoir et à contenir. Notre démarche sera la suivante : dans un premier temps, nous présenterons brièvement le contexte d'émergence du concept d'indépendance judiciaire et sa trajectoire historique le reliant à la théorie de la séparation des pouvoirs; dans un deuxième temps, nous emprunterons à la théorie des systèmes⁹ quelques distinctions favorisant une (re)conceptualisation plus contemporaine des menaces externes à l'indépendance des tribunaux; enfin, quant à ces menaces et au défi qu'elles représentent pour l'intégrité du processus décisionnel et l'indépendance judiciaire, nous présenterons le point de vue des acteurs judiciaires et la diversité des opinions que peut susciter ce thème.

I. APERÇU DU CONCEPT D'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE ET DE SA TRAJECTOIRE

Le concept d'indépendance judiciaire a non seulement évolué au fil du temps, mais a aussi eu de nombreuses formes au sein du système juridique. En saisir le sens est une tâche complexe, car les éléments qui le composent (relativement aux prérogatives, aux frontières, aux comportements associés, aux attentes, etc.) restent encore flous, variables, non consensuels. Les acteurs judiciaires sont les premiers à reconnaître cette complexité :

8. Maira Rocha Machado et Alvaro P Pires, « Intervention politique dans la sentence du droit? Fondements culturels de la peine minimale » (2010) 43:2 Criminol 89.

9. Nous avons surtout utilisé trois distinctions : *autoréférence/référence externe*, *concepts/intérêts* et *ouverture cognitive/fermeture opérationnelle*. Nous reviendrons plus loin sur chacune de ces distinctions.

[JURISTE N° 2 POPP] : S'il y a ce consensus universel sur l'indépendance et l'impartialité en tant que critères fondamentaux d'un État de droit, il est ensuite très difficile de trouver un accord sur la façon dont cette indépendance est structurée sur des questions aussi fondamentales que l'organisation judiciaire, les cours d'appel, les pouvoirs des cours d'appel, les modes de sélection des juges, la discussion [...]. [II] est très intéressant de noter que l'indépendance judiciaire est exprimée dans toutes les constitutions européennes et mondiales depuis le XVIII^e siècle; cependant, la compréhension de ce qu'est l'indépendance varie considérablement d'un État à un autre¹⁰.

Devant cette tâche qui, pour nous, consiste à comprendre le sens d'un principe qui se décline en de nombreuses formes depuis le XVIII^e siècle, il peut être utile de revenir aux origines et de considérer, dans un premier temps, ce que l'indépendance judiciaire a pu vouloir dire et impliquer dans son contexte d'émergence (I.A). Cette analyse pourra ensuite nous servir de cadre de référence pour décrire et problématiser la complexité des menaces externes et tout ce qui, à cet égard, peut aller bien au-delà des considérations classiques, lesquelles sont concentrées sur les rapports avec les deux autres pouvoirs de l'État (I.B).

A. Séparation des pouvoirs et diversité des formes de l'indépendance judiciaire dans son contexte d'émergence

Plus ou moins garantie selon les États et les contextes historiques, l'indépendance judiciaire découle de la théorie de la séparation des pouvoirs et remonte donc à l'émergence de l'État de droit¹¹. D'un point de vue institutionnel, dans des pays comme la France ou les États-Unis, l'indépendance judiciaire est, depuis le XVIII^e siècle, dans sa formulation originaires abstraite, la garantie, le droit et le devoir qui permettent aux tribunaux d'exercer la part de contrôle qui leur revient dans la

10. Notre traduction. Dans le cadre de nos recherches, nous avons eu des entretiens qualitatifs avec des personnes-clés qui ne sont ni juges ni procureurs, mais occupent des postes hiérarchiques importants dans l'organisation judiciaire. Ces personnes ont été identifiées en tant que « juristes », car des précisions additionnelles sur leur rôle pourraient mettre en péril leur anonymat.

11. Arochena et Latas, *supra* note 5 à la p 11.

théorie constitutionnelle de la séparation des pouvoirs¹², mais, déjà, au moment de ces premiers développements, le concept a connu différentes évolutions et interprétations. Des auteurs, tel Pasquino, soutiennent que depuis sa première énonciation par Montesquieu, la théorie de la séparation des pouvoirs a en fait donné naissance à deux approches et pratiques constitutionnelles différentes, étroitement liées dans leur expression concrète aux révolutions américaine et française. Si, dans le sillon de ces deux révolutions, sont apparues les fondations d'un nouveau régime à l'intérieur duquel l'État acceptait de s'« autolimiter » par le droit et par une distribution du pouvoir entre trois organes spécialisés — le parlement (pouvoir législatif), le gouvernement (pouvoir exécutif) et les tribunaux (pouvoir judiciaire) —, des deux côtés de l'océan émergèrent différentes façons de concevoir le rapport institutionnel entre ces trois organes et leurs pouvoirs respectifs. Dans le contexte de la révolution américaine, est apparue une vision de la séparation des pouvoirs selon laquelle les trois branches du gouvernement se voient accorder un rôle dynamique et actif dans un rapport de « poids et contrepoids » (*checks and balances*)¹³. Cette version de la séparation des pouvoirs était le reflet d'une :

*more liberal (and less populist) version of the separation of powers, which stressed the sovereignty of the constitution and was the true foundation of the American model of "checks and balances". The latter envisaged the three State's organs as active counter-powers, that is to say, as instruments of intervention into the specific field of the other powers, in order to produce a dynamic equilibrium and to avoid despotism*¹⁴.

Dans le contexte de la Révolution française, l'Assemblée nationale constituante a adopté la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* [ci-après *Déclaration*]. Ce texte, composé de 17 articles et adressé aux « membres du corps social » de même qu'aux pouvoirs « législatif et exécutif », prévoit à l'article XVI que « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs

12. Pasquale Pasquino, « Separation of Powers and the Independence of the Judiciary » (2003) 9:3 *Swiss Political Science Review*, Debate: Séparation des pouvoirs et indépendance du judiciaire: une problématique en transformation 116. L'auteur mentionne que « [t]he American constitution of 1787 and the French of 1791 have their foundation in a principle held to be an essential element of the constitutional Rechtsstaat: the separation of powers » (*ibid* à la p 117).

13. Biancamaria Fontana, « Introduction » (2003) 9:3 *Swiss Political Science Review*, Debate: Séparation des pouvoirs et indépendance du judiciaire: une problématique en transformation 113 à la p 115.

14. Pasquino, *supra* note 12 à la p 119.

déterminée, n'a point de Constitution»¹⁵. Il appert donc que, dans le cadre des révolutions constitutionnelles du XVIII^e siècle, «[c]onstitution and separation of powers became from that point onwards synonyms»¹⁶. La théorie de Montesquieu en France a donné lieu à une vision de la séparation des pouvoirs selon laquelle le pouvoir législatif est considéré comme étant le plus important, créant ainsi une hiérarchie entre les différents pouvoirs¹⁷. Selon ce modèle, «*the separation of powers appears like a division of labour between those who give orders and those who obey them*»¹⁸. Alors que le modèle américain a voulu créer des garanties contre «le pouvoir exorbitant des majorités démocratiques», le modèle français était plutôt préoccupé par «le possible exercice arbitraire du pouvoir judiciaire»¹⁹. En d'autres termes, le modèle américain a été pensé davantage pour contenir les excès du politique, tandis que le modèle français aurait mis, au centre de ses préoccupations, le danger que représentent les possibles excès du pouvoir judiciaire²⁰, ce qui fera dire à Salas que «la France connaîtra donc une séparation des pouvoirs à l'envers, qui a pour but de protéger l'Administration contre les empiétements du judiciaire et non de préserver l'indépendance de ce dernier face à l'État»²¹.

15. La Déclaration peut être consultée à l'adresse suivante, en ligne: <www.textes.justice.gouv.fr/textes-fondamentaux-10086/droits-de-lhomme-et-libertes-fondamentales-10087/declaration-des-droits-de-lhomme-et-du-citoyen-de-1789-10116.html>.

16. Pasquino, *supra* note 12 à la p 118.

17. *Ibid.*

18. *Ibid* à la p 121.

19. *Ibid* à la p 119. Pasquino caractérise le modèle français de pouvoir judiciaire par l'expression «bouche de la loi», et le modèle américain, suivant les écrits de Madison dans *The Federalist Papers*, par l'expression «ambition contre ambition».

20. Certes, la conception hiérarchique du rapport entre les trois pouvoirs, héritée de l'approche française, se trouve aujourd'hui ébranlée, ce qui exige de repenser le concept contemporain d'indépendance judiciaire. Il faut reconnaître que dans nos démocraties contemporaines, les juges ne se voient plus comme étant «la bouche de la loi», mais davantage comme des «cocréateurs» du droit. Pour le cas spécifique de la France, Salas décrit l'évolution du juge comme la transition d'une «pâle machine à considérants» (p 47) à véritable «acteur de la démocratie» (p 55): «La fonction de juger ne se conçoit plus dans l'horizon d'un rapport hiérarchique avec l'exécutif ou d'une soumission aveugle à la loi. [...] Prenant à revers toute une histoire, affaire après affaire, les magistrats rompent avec l'exécutif et ébauchent devant l'opinion ce qui s'apparente à un véritable contre-pouvoir». (Denis Salas, *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Paris, Hachette Littératures, 1998, respectivement aux pp 47 et 55 [Salas, *Le tiers pouvoir*]). Nous avons proposé une reformulation contemporaine du concept d'indépendance judiciaire qui rend compte de ces transformations dans Margarida Garcia, «Du juge "bouche de la loi" dans sa "tour d'ivoire" au juge "gardien des promesses" dans la cité: une reformulation contemporaine de l'indépendance judiciaire» (2016) 21 RCDP 237 [Garcia, «Du juge»].

21. Salas, *Le tiers pouvoir*, *supra* note 20 à la p 45.

Ce trop bref rappel du contexte d'émergence de l'idée d'indépendance judiciaire et de son lien étroit avec la théorie de la séparation des pouvoirs nous permet d'établir que dès l'origine, le concept a fait l'objet de différentes constructions et interprétations donnant lieu à diverses pratiques judiciaires et politiques et qu'il a d'abord été pensé comme une garantie visant à établir une relation adéquate entre les trois pouvoirs de l'État. Notre propre enquête, menée dans le domaine spécifique de la détermination de la peine, nous a, à cet égard, conduits à conceptualiser l'indépendance judiciaire au-delà de ce rapport institutionnel entre les trois pouvoirs étatiques, pour considérer aussi, toujours sous forme de menaces externes, les pressions qu'exercent d'autres pouvoirs au sein de la société civile : nous pensons, entre autres, ici, au pouvoir de l'opinion publique, à celui des médias et à celui des mouvements sociaux. En raison de ce type d'évolution, l'activité judiciaire ne peut se passer d'une réflexion d'accompagnement permanente sur le contenu de l'indépendance judiciaire et sur les menaces, anciennes et nouvelles, qui pèsent sur un moment clé du procès pénal, celui de la détermination de la peine. En prenant appui sur les concepts d'autoréférence et d'hétéroréférence, élaborés par Niklas Luhmann, la prise en considération de ces phénomènes et de l'influence qu'ils peuvent avoir à l'égard de la liberté décisionnelle et du choix des peines nous a obligés à revoir le concept d'indépendance judiciaire dans sa relation avec certaines menaces externes. Les prochains développements seront consacrés à ce travail conceptuel.

B. Conceptualisation contemporaine des menaces externes à l'indépendance des tribunaux dans le contexte de la détermination de la peine

En tirant profit de l'analyse précédente, nous pouvons dire que l'indépendance judiciaire externe a émergé comme une garantie visant à institutionnaliser des frontières (théoriquement) étanches entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs législatif et exécutif. L'indépendance judiciaire est le concept moderne qui a permis de concevoir l'autonomie du pouvoir judiciaire dans un contexte d'interrelation avec les autres pouvoirs de l'État. Si le terme consacré pour décrire la nature des rapports entre les trois pouvoirs de l'État est celui d'« indépendance », ce choix terminologique entraîne cependant une certaine ambiguïté sur le plan de l'observation. Peut-on considérer le judiciaire indépendant du législatif et le législatif indépendant du judiciaire quand l'application de la loi dépend de sa création, et cette dernière,

de sa possibilité d'application? La théorie des systèmes de Niklas Luhmann nous permet de résoudre ce paradoxe en faisant intervenir la notion d'autonomie, grâce à laquelle il devient possible de concevoir la dépendance que le judiciaire entretient à l'égard du législatif comme étant compatible avec son autonomie, voire comme la condition même de sa réalisation. Pour Luhmann, rendre l'autonomie conditionnelle à des formes de dépendance n'est ni un paradoxe ni une contradiction, mais bien une précision conceptuelle qui découle de la complexité des relations empiriquement observables entre différents systèmes sociaux. Il explique :

Le fait qu'un système dépende fortement des opérations de son environnement n'exclut pas qu'il puisse être autonome. Qu'une procédure judiciaire dépende de ce qu'un édifice soit construit, que des juges soient engagés et rémunérés, que les compétences soient établies et reconnues, que des lois soient promulguées et rendues publiques, tout cela n'exclut pas qu'au sein du système le comportement soit orienté en partie d'après des critères de sélection propres à ce système²².

L'autonomie, comprise en ce sens, permet de considérer les influences possibles de l'environnement, sans perdre de vue les critères en fonction desquels un système décide, par et pour lui-même, à l'interne, de la portée de ces influences externes. Cependant, la condition nécessaire de cette autonomie décisionnelle demeure la différenciation du système par rapport à son environnement. En ce sens, et pour le dire comme Luhmann, qui revient ici sur le cas particulier des procédures judiciaires :

[L']autonomie dépend de la différenciation de l'environnement. Les procédures judiciaires des sociétés civilisées (à la différence de celles des sociétés archaïques) se caractérisent par le fait que le secteur d'approvisionnement en prémisses décisionnelles juridiques et celui en prémisses décisionnelles factuelles sont *socialement* séparés²³. Les instances qui établissent le droit ne déterminent pas en même temps les faits qui sont véridiques, et l'inverse est également vrai. Ces deux environnements sont séparés et ne peuvent se dominer l'un l'autre. Ils ne se confrontent qu'au sein de la procédure et

22. Niklas Luhmann, *La légitimation par la procédure*, traduit par Lukas K Sosoe et Stéphane Boucher, Saint-Nicolas, Presses de l'Université Laval, 2001 à la p 61 [Luhmann, *La légitimation*].

23. On doit, en d'autres termes, pouvoir observer une séparation entre les procédures et les faits à partir desquels celles-ci s'enclenchent et s'appliquent.

uniquement en vertu de celle-ci. La procédure est de ce fait délestée de la pression sociale et, ainsi, des possibilités internes de modification des principes d'orientation surgissent : on doit (et on peut) rechercher et interpréter les normes d'après les faits relatifs au cas et inversement rechercher et interpréter les faits d'après les normes [italiques dans l'original]²⁴.

L'évolution du droit et la reproduction des décisions juridiques dépendent ainsi de la coordination de ce lien entre l'autoréférence (référence interne) et l'hétéroréférence (référence externe), entre les prémisses décisionnelles du système et leur secteur d'approvisionnement factuel. L'indépendance judiciaire s'observe lorsque le système reste maître de cette coordination, c'est-à-dire lorsqu'il peut se tourner vers son secteur d'approvisionnement externe et le faire dans les termes normatifs de ses propres prémisses décisionnelles²⁵. En ce sens, un des critères utilisés pour déterminer si une mesure peut constituer une peine au Canada nous renvoie à la question de savoir si cette mesure « est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine »²⁶.

Ces développements nous permettent non seulement de mieux comprendre la portée et les limites des menaces externes susceptibles de compromettre l'indépendance judiciaire, mais de soulever également la question de savoir si le droit ne serait pas aujourd'hui en train de confondre ces deux secteurs d'approvisionnement, le secteur interne de ses prémisses et le secteur externe des faits. Posons la même question autrement : le judiciaire risquerait-il présentement, dans un contexte de pressions externes accrues en matière de détermination de la peine, de s'en remettre aux attentes de son environnement (ou à ce que le judiciaire perçoit comme telles), plutôt qu'à ses propres

24. Luhmann, *La légitimation*, supra note 22 à la p 63.

25. D'un point de vue sociologique, si on va au bout du raisonnement, cela implique que l'environnement du système n'est lui-même rien d'autre qu'une construction interne du système, ce qui ne signifie pas que l'environnement soit une fiction créée par le système ni, dans les termes de Luhmann, « que l'environnement dépende du système ou encore que le système puisse disposer à sa guise de son environnement ». Cela suppose simplement que, dans le système, la référence à l'environnement nous renvoie à une représentation interne nous mettant sociologiquement en contact avec « une stratégie du système » plus qu'avec un environnement complètement extériorisé sous forme de fait brut ou de réalité objective. Pour les citations et pour de plus amples développements sur cet aspect, voir Niklas Luhmann, *Systèmes sociaux. Esquisse d'une théorie générale*, traduit par Lukas K Sosoe, Québec, Presses de l'Université Laval, 2011 à la p 55.

26. *R c KRJ*, 2016 CSC 31 au para 28.

prémises décisionnelles, pour déterminer, dans les cas concrets, ce qui constitue une peine juste et adéquate?

Dans des termes plus généraux, ce problème nous renvoie à ce que Luhmann appelle « le problème quotidien des systèmes sociaux clos », ce qui soulève la question de savoir « comment connecter les références internes et externes par des opérations internes? ». La solution que la théorie des systèmes apporte à ce problème est la suivante : « au niveau opérationnel, ce problème est résolu en faisant la distinction entre normes et faits, c'est-à-dire en termes de structures internes, en distinguant les attentes normatives et cognitives »²⁷. On peut formuler ce problème autrement en analysant comment le système peut arriver à articuler les concepts (internes) et les intérêts (externes). Comme l'indique Luhmann, par contraste avec les concepts ou principes juridiques, on peut concevoir les « intérêts » comme « faits de l'environnement à prendre comme des données »²⁸. Un des défis des acteurs judiciaires, dans le contexte du choix des prémises décisionnelles menant à la détermination des peines, est celui de bien distinguer les normes applicables (normes, précédents ou principes que le droit reconnaît comme juridiques), les faits pertinents à être prouvés, les faits sociaux auxquels accorder une importance relativement à la décision à prendre et les faits sociaux devant rester en dehors de l'équation menant au choix de la peine juste et adéquate. Ouvert cognitivement, un système attribue à son environnement des attentes ou des intérêts, mais une fois fermé opérationnellement (ou normativement) sur cet environnement, il traite de ces attentes ou intérêts (réels ou construits) en fonction de ses propres normes, de ses propres structures, de ses propres attentes ou intérêts.

À la suite de ces considérations, la notion de « menaces externes », à laquelle nous avons fait librement référence jusqu'ici, peut être précisée davantage sur le plan conceptuel. Nous entendons par « menaces externes » des interférences provenant de raisons, structures ou critères que les acteurs perçoivent comme étant extérieurs à leur activité décisionnelle (considérations que les acteurs jugent relever de l'environnement, d'attentes ou d'intérêts externes), mais traitent malgré tout à l'interne comme s'il s'agissait de prémises décisionnelles endogènes

27. Niklas Luhmann, « Clôture et couplage » dans André-Jean Arnaud et Pierre Guibentif, dir, *Niklas Luhmann, observateur du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 74 à la p 84 [Luhmann, « Clôture et couplage »].

28. *Ibid* à la p 85.

et proprement juridiques. Ces interférences constituent des menaces à l'indépendance judiciaire parce qu'elles sont susceptibles de compromettre l'intégrité du processus de détermination de la peine et le respect des prémisses décisionnelles proprement juridiques (en l'occurrence, celles relatives aux principes d'individualisation des peines, de proportionnalité, de modération, de dernier recours, etc.). Ces menaces externes à l'indépendance judiciaire couvrent ainsi toutes les situations où les « prémisses décisionnelles », utilisées dans le choix de la peine juste et adéquate, sont attribuées à des exigences de l'environnement plutôt qu'à celles du système, à un « secteur d'approvisionnement » extérieur plutôt qu'au contexte d'approvisionnement interne du *sentencing*. C'est de cette manière, comme nous le verrons au point II.A, que bon nombre d'acteurs vont considérer les peines minimales obligatoires comme des prémisses décisionnelles « externalisées », plus politiques que judiciaires. Nous verrons également plus loin, au point II.B, que c'est également de cette manière que plusieurs pourront considérer d'autres pressions peut-être plus subtiles, mais non moins contraignantes, telles que l'opinion publique, les médias, les mouvements sociaux, contraintes ici davantage sociales que politiques, mais toujours non juridiques.

II. POINT DE VUE DES ACTEURS SUR LES MENACES EXTERNES À L'INDÉPENDANCE JUDICIAIRE

Dans cette section, nous introduirons l'empirie qui nous permettra de mieux saisir comment s'articulent concrètement les dimensions conceptuelles que nous venons d'attribuer théoriquement à la notion d'indépendance judiciaire et aux menaces contemporaines à celle-ci dans le processus de détermination de la peine. L'angle d'observation sera ici, pour le processus de détermination de la peine, le respect des garanties juridiques et des droits du justiciable. À partir du discours des acteurs judiciaires²⁹, nous avons recensé, dans le rapport du système à

29. Tel que nous l'indiquions en introduction, les données et les résultats de recherche sur lesquels s'appuie le présent article ont été obtenus au moyen d'entretiens de recherche au Canada et au Portugal. En ciblant ces « deux juridictions », nous partions du postulat que l'étude gagnerait en profondeur si le thème de l'impact de l'opinion publique sur la détermination de la peine était analysé dans deux traditions juridiques ayant adopté les deux voies de développement du concept d'indépendance judiciaire, répertoriées dans la littérature et développées dans le présent texte (tradition de common law et tradition civiliste). Par exemple, le Canada, comme la plupart des pays de common law, valorise un certain rapprochement entre la justice et le public par des mécanismes juridiques tels que l'*amicus curiæ* (« ami de la cour »), lequel

son environnement, les manières de faire et de penser susceptibles de porter atteinte au pouvoir discrétionnaire des acteurs impliqués dans la détermination des peines. Nous considérerons d'abord les peines minimales obligatoires et, ensuite, les contraintes plus sociales que représentent l'opinion publique, les médias et les mouvements sociaux.

A. Indépendance judiciaire externe et peines minimales obligatoires : « *one size doesn't fit all* »

L'existence même de peines minimales obligatoires et prédéterminées par le législateur (sans considération des caractéristiques du cas concret et du principe d'individualisation des peines) est sans doute la menace politique la plus évidente à l'indépendance judiciaire dans le cadre de la détermination de la peine juste et adéquate. Desrosiers en précise l'enjeu principal :

Par définition, les peines minimales constituent une « intervention politique dans la sentence du droit ». Le tribunal ne juge plus de l'intérieur; il se contente d'appliquer la loi et impose la sentence qui a été prédéterminée par le législateur, de l'extérieur. De prime abord, les peines minimales paraissent difficiles à concilier avec l'indépendance judiciaire et la théorie de la séparation des pouvoirs³⁰.

Pour bien des acteurs, une telle ingérence compromet autant l'indépendance judiciaire que la possibilité de tenir compte des circonstances du cas concret afin de prononcer des peines qui respectent les droits fondamentaux des personnes condamnées. Une telle ingérence

permet à des membres du public qui ne sont pas directement impliqués dans le litige de faire valoir leurs intérêts devant la cour ou d'émettre leurs opinions sur une question de droit. Bien qu'on puisse maintenant la trouver ailleurs, notamment en Argentine et au Brésil, la figure de l'*amicus curiae* en matière criminelle est beaucoup moins présente dans les pays de tradition civiliste comme le Portugal. Le recrutement des acteurs judiciaires ayant participé à la recherche, au Canada, a été facilité par l'activation de notre réseau de relations institutionnelles. Nous avons pu bénéficier de la collaboration d'un certain nombre de personnes-ressources qui connaissent des gens dans le milieu et ont accepté d'établir pour nous les premiers contacts auprès de nos interviewés. Nos intermédiaires avaient à leur disposition un document précisant le but de la recherche, les objectifs visés et la procédure à suivre. De façon parallèle, au fur et à mesure que nous rencontrions les juges et procureurs, nous leur demandions alors de bien vouloir nous référer à des collègues susceptibles d'entretenir un intérêt pour notre recherche. Au Portugal, une liste aléatoire d'acteurs judiciaires a été constituée par notre équipe de recherche et des invitations à participer ont ainsi pu être délivrées.

30. Julie Desrosiers, « Peines minimales et principes de justice fondamentale : une lecture comparée des articles 12 et 7 de la Charte » (2013) 17 RCDP 122 à la p 123.

peut en effet compromettre le droit à la peine la moins contraignante et qui, dans son degré de sévérité, demeure proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Ce qui, dans ces circonstances, devient source de frustration et même de déception chez les juges est le fait de devoir infliger une peine qu'on considère soi-même, en tant que juge, comme injuste dans les circonstances ou préjudiciable au justiciable :

[JUGE N° 7 POPC] : *Mandatory minimums are actually [...] a further tool to alienate the public from what judges do, which is to try to impose just sanctions in all circumstances. And so [...]. Do I like my discretion being taken away from me? No, I don't. Do I like being told that you have to impose this sentence when I could go a little bit below or I might go above? No, I don't.*

[JUGE N° 1 POPC] : *So, the government does influence how the judges exercise their discretion or [how they] don't where they have mandatory minimums. So, the influence is there. And it's good, in some situations. It's the lack of flexibility that isn't good. With the mandatory minimum sentencings, and especially for the possession of firearms, I had two situations, years ago, where the lack of discretion was hard. [...]. We tried to not impose jail. I mean, he had to be sentenced. But we were afraid that he'd be beaten up in jail. And in the end, none of our efforts worked. And he went to jail. And I feel badly for him.*

La menace que représentent les peines minimales à l'égard des droits des personnes condamnées et de leurs garanties juridiques est d'autant plus préoccupante que bien des juges admettent, par crainte, par malaise ou par oubli, ne pas contester la constitutionnalité de ces peines alors qu'ils le pourraient, voire le devraient. C'est ce qu'illustre ici le cas du juge n° 3 qui reconnaît avoir condamné un jeune garçon à une peine minimale qu'il considérerait pourtant comme cruelle et inusitée ou, à tout le moins, douteuse sur le plan constitutionnel. Cependant, si l'on se fie aux propos que tiendra le juge n° 18, introduits juste après ceux du juge n° 3, ces cas seraient loin d'être isolés et relèveraient même de la règle :

[JUGE N° 3 PDPC] : *On peut les soulever d'office les questions de droits de la personne parce que c'est une.., c'est une loi d'ordre public, la Charte. Si on voit qu'il y a eu une violation, on peut les soulever nous-mêmes. [...]. Donc, par exemple, le jeune garçon dont je vous parlais tantôt, qui a eu 4 ans minimum [peine minimale], ça aurait peut-être pu être considéré comme*

une peine cruelle et inusitée. Donc ça aurait pu être soulevé, peut-être, si ça avait été plaidé... J'aurais peut-être pu le soulever d'office, mais...

[JUGE N° 18 PDPC]: Si une loi viole des garanties fondamentales prévues par la Charte, le juge peut la déclarer inopérante. Il a [à cet égard] des pouvoirs beaucoup plus considérables depuis 1982. [Mais] dans la vie de tous les jours, dans 99,9 pour cent des cas, on applique la loi. C'est rare qu'on la déclare inopérante. Ça va arriver, mais c'est quand même assez rare.

Un juge qui, comme le juge n° 3, se résigne à appliquer une peine minimale qu'il considère comme étant inappropriée dans les circonstances, «cruelle et inusitée», et donc, anticonstitutionnelle, actualise à l'interne la menace externe, laquelle compromet autant l'indépendance judiciaire que les garanties juridiques sur lesquelles cette même indépendance devrait en temps normal pouvoir veiller.

Même si, à l'heure actuelle, la culture judiciaire qui entoure le contrôle de la constitutionnalité des lois par les tribunaux semble être en pleine évolution et favoriser de plus en plus la contestation des peines minimales obligatoires, bien des acteurs admettent être encore aux prises avec une injonction de retenue, de déférence envers la volonté du législateur, de non-interférence du judiciaire dans le politique. Il est par ailleurs intéressant de constater à quel point, dans le cas des peines minimales obligatoires, cette culture judiciaire de déférence contraste avec la culture politique d'ingérence. Pourtant, depuis la *Charte canadienne des droits et libertés* [ci-après la Charte], les juges disposent d'une jurisprudence qui a eu tôt fait d'insister sur l'importance de l'indépendance du judiciaire à l'égard du pouvoir législatif. On peut prendre pour exemple cette consigne adressée aux juges dans *R c Beauregard*:

Bien qu'un soin particulier doive être pris pour préserver l'indépendance de la magistrature vis-à-vis du pouvoir exécutif (du fait que le pouvoir exécutif soit si souvent partie aux litiges devant les tribunaux), le principe de l'indépendance judiciaire doit également être maintenu face à toute autre ingérence possible, y compris celle du pouvoir législatif³¹.

31. *R c Beauregard*, [1986] 2 RCS 56 au para 31, 1986 CanLII 24 (CSC).

Certains acteurs interviewés, notamment le juge n° 5 dans l'extrait qui suit, ne contestent pas le bien-fondé des peines minimales obligatoires, mais trouvent néanmoins que celles-ci représentent une menace à l'intégrité des prémisses décisionnelles internes et proprement juridiques du *sentencing* :

[JUGE N° 5 POPC] : *I think mandatory sentences have their place, but they also are difficult in some circumstances because, you know, the fact of the matter is one size doesn't fit all. [...]. You know, the fact of the matter is that many of these sentences — if I want to be dismissive of Parliament for a moment — skeptical of Parliament for a moment — many of these sentences do not necessarily have anything to do with the sentencing principles as a whole [...]. And a minimum sentence just increases the sentence for everybody.*

On peut en somme distinguer deux ordres de motifs pour lesquels les acteurs critiquent les peines minimales obligatoires : elles annulent la liberté et la flexibilité nécessaires au processus menant au choix de la peine adéquate et, de ce fait, en viennent à provoquer une entorse aux principes régissant le *sentencing*, incluant ceux relevant plus spécifiquement de la proportionnalité, des garanties juridiques et des droits de la personne condamnée. Pour les acteurs, ces peines relèvent clairement de l'environnement, plus précisément du système politique comme « secteur d'approvisionnement en prémisses décisionnelles »³².

Cette forme d'« intervention politique dans la sentence du droit »³³ est sans doute le cas de figure le plus flagrant d'entorse à la liberté décisionnelle des acteurs judiciaires dans le contexte de détermination de la peine. Cependant, l'empirie en révèle d'autres qui sont plus sociales que politiques. Nous leur consacrerons les prochains développements.

B. Autres menaces externes à l'indépendance judiciaire

Nos recherches précédentes nous ont permis d'observer une extension du réseau d'attentes pouvant être pris en considération dans le

32. Luhmann, *La légitimation*, *supra* note 22 à la p 64.

33. Machado et Pires, *supra* note 8.

processus décisionnel menant à la détermination de la peine³⁴. Salas avait déjà attiré notre attention sur ce phénomène selon lequel seraient en train de se substituer aux théories et principes qui ont jusqu'ici encadré le droit de punir, d'autres fondements et critères encore mal circonscrits :

Longtemps, nous avons pensé la sanction à partir de grands modèles comme la rétribution, la dissuasion, la réhabilitation, tous fondés sur une relation individualisée entre l'auteur du délit et le juge ou le psychiatre. [...]. Ce cadre permet de penser une peine juste, en relation avec l'acte commis et orientée vers un futur possible pour son auteur. [...]. Désormais, le traitement individuel s'efface au profit d'une délinquance conçue comme une menace pour la collectivité³⁵.

Pour Salas, ces changements sont « le miroir de l'opinion publique, de médias ou du discours des victimes »³⁶. Cette relation du pouvoir judiciaire avec ces « publics » a, par contre, moins retenu l'attention des chercheurs que celle entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs législatif et exécutif de l'État. Le contexte d'émergence de l'indépendance judiciaire que nous avons décrit en début d'analyse y est certainement pour quelque chose : nous l'avons vu, à l'origine, la garantie de cette indépendance avait été pensée pour établir plus strictement un équilibre entre ces pouvoirs et éviter la domination des uns sur les autres. Depuis, l'évolution du rôle des tribunaux et le rapprochement de la justice avec la société civile sont venus créer de nouveaux défis pour une indépendance qui ne peut faire abstraction du poids que représentent aujourd'hui les pouvoirs « non étatiques ». L'indépendance judiciaire doit aujourd'hui être comprise au sens large, c'est-à-dire en rapport avec l'étatique comme avec le non-étatique. Pour la Cour suprême du Canada, le critère de séparation institutionnelle qu'exige l'indépendance judiciaire à l'égard des entités étatiques n'est plus suffisant. Le contexte actuel exige en effet un critère plus « intellectuel », capable de préserver l'indépendance judiciaire relativement à « toute autre entité » :

34. Voir Richard Dubé et Margarida Garcia, « Le judiciaire, la détermination de la peine et la polycontextualité de l'opinion publique » (2017) RCDS (à paraître); Richard Dubé et Margarida Garcia, « La fabrication politique d'une opinion publique répressive en matière pénale » (2017) *Déviance et Société* (à paraître); et Margarida Garcia, « La géométrie normative variable des droits de la personne présents dans le système de droit criminel » (2014) 38:3 *Déviance et Société* 361.

35. Salas et Mingasson, *supra* note 6 aux pp 12–13.

36. *Ibid* à la p 13.

La notion d'indépendance se rapporte donc essentiellement à la nature de la relation entre un tribunal et toute autre entité. Cette relation doit être caractérisée par une forme de séparation intellectuelle qui permet au juge de rendre des décisions que seules les exigences du droit et de la justice inspirent³⁷.

À ce sujet, plusieurs observateurs du droit reconnaissent que l'adoption de la Charte et la judiciarisation des droits de la personne ont augmenté la porosité du droit en ouvrant le procès pénal à la participation de « nouveaux » acteurs (mouvements sociaux, médias, etc.) et en réduisant la distance que le système judiciaire entretenait traditionnellement à l'égard de la société civile. Martin suggère par exemple que : « *there is no doubt that the past decade of Charter litigation in criminal matters has seen the Supreme Court hearing an ever broadening circle of claimants making ever widening demands to be heard: victims, witnesses, survivors, and the media to name the most vocal* »³⁸.

Pour Carcassonne, si certaines de ces « menaces » exigent des réponses relativement simples, d'autres en soulèvent, par contre, des extrêmement complexes :

Pour certaines d'entre elles, les réponses sont simples, au moins dans leur énoncé sinon dans leur mise en œuvre : le magistrat corrompu doit être puni et chassé. Mais pour d'autres de ces menaces comment doit-on y répondre : à quelle aune juger le magistrat trop perméable à l'air du temps, à la musique des médias ? Comment mesurer le poids des habitudes culturelles, des environnements familiaux, des influences vicinales, des attentes présumées de l'opinion publique, toutes choses dont on sait qu'elles peuvent nuire à la sérénité, attenter à l'indépendance, entamer l'impartialité³⁹.

Parmi ces facteurs non étatiques qui peuvent menacer l'indépendance judiciaire ou qui « peuvent nuire à [sa] sérénité », les acteurs judiciaires avec lesquels nous nous sommes entretenus nous ont surtout

37. *Mackin c Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13 au para 37, [2002] 1 RCS 405. Voir à cet égard, Martine Valois, « The Function of Judicial Independence in Modern Legal Systems: Preserving the Boundaries of Law » dans Suzanne Comtois et Kars J de Graaf, dir, *On Judicial and Quasi-Judicial Independence*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2013, 57 à la p 64.

38. Dianne Martin, « Rising Expectations: Slippery Slope or New Horizon? The Constitutionalization of Criminal Trials in Canada » dans Jamie Cameron, dir, *The Charter's Impact on the Criminal Justice System*, Scarborough et Toronto, Carswell, 1996, 87 à la p 90.

39. Carcassonne, *supra* note 2 à la p 40.

parlé de l'opinion publique, de la couverture médiatique des affaires judiciaires et des demandes de peine, formulées par des mouvements sociaux revendiquant la protection de certains droits et la défense judiciaire de certaines causes sociales⁴⁰. La pression exercée par ces « menaces externes non étatiques » sur la sentence n'est pas perçue de la même façon par tous les acteurs judiciaires. Comme nous aurons l'occasion de le constater dans ce qui suit, nous avons en effet été confrontés ici à une pluralité de représentations, à une diversité beaucoup plus grande que celle qui caractérisait le point de vue que nous ont livré les acteurs sur les menaces étatiques. Considérons cette diversité par rapport aux principales menaces évoquées, soit, dans l'ordre, l'opinion publique (II.B.1), les médias (II.B.2) et les mouvements sociaux (II.B.3).

1. *Opinion publique*

En matière de détermination de la peine, les liens qui se tissent entre les processus décisionnels du *sentencing* et le(s) publics de la justice ne sont pas faciles à saisir. Le discours que tiennent les acteurs est de prime abord très souvent tranchant : il n'y a pas et ne peut y avoir de liens entre la détermination de la peine émanant du judiciaire et l'opinion publique :

[PROCUREUR N° 6 POPP] : Les magistrats doivent être complètement blindés.

[JURISTE N° 2 POPP] : Le juge doit avoir un caractère d'acier, pour qu'il puisse résister aux pressions de l'opinion publique face au cas concret.

Mais lorsqu'on pousse la réflexion un peu plus loin, les entrevues nous permettent d'arriver à des observations plus nuancées qui vont plutôt dans le sens de ce qu'observait Jacques Frémont selon qui, de nos jours, il est en fait devenu plus difficile de soutenir l'idée d'une séparation aussi nette entre le judiciaire et la société civile : les juges aujourd'hui tiennent compte du public dans l'écriture d'un jugement. Les questions sont plutôt celles de savoir comment, dans quelles

40. La liste illustrant ici ce cas de figure n'est pas exhaustive. Étant donné nos intérêts de recherche et la façon dont le guide a été construit, nous avons surtout entendu parler de ces trois types de pressions externes, mais nous pouvons facilement imaginer l'application du raisonnement à d'autres pressions sur la décision judiciaire, perçues comme externes, comme celles provenant du marché (système financier) ou de la religion.

circonstances, à quelles fins? Pour le juriste Frémont, « il est manifeste que les juges, avant de disposer [*sic*] d'un cas individuel et particulièrement lors de la préparation de leurs motifs, pèsent attentivement leurs décisions et leur justification, notamment en fonction de la réaction éventuelle du public ». Dans ce contexte, Frémont soulève la question de savoir si « la réponse classique de l'ignorance copieuse de l'opinion publique par le pouvoir judiciaire est [...] encore correcte »⁴¹. C'est cette question que nous avons ici voulu placer au cœur de notre analyse. Par rapport à celle-ci, sur la base de nos propres observations empiriques, nous pouvons préciser d'entrée de jeu que si la frontière entre le judiciaire, la détermination de la peine et l'opinion publique n'est pas aussi nette qu'on pourrait le penser, elle n'est pas complètement poreuse non plus.

Les acteurs judiciaires ne décident pas des peines en fonction de l'opinion publique ou de ce qu'ils anticipent comme réactions dans leur environnement. De manière beaucoup plus nuancée, notre empirie nous invite à distinguer deux façons pour le système de recevoir l'information ou de considérer les attentes qu'il attribue à son environnement, à l'opinion publique — ou encore aux médias ou aux mouvements sociaux. Ces deux façons peuvent être décrites respectivement par ce que Luhmann appelle l'ouverture cognitive des systèmes sociaux et leur fermeture opérationnelle.

Cognitivement ouvert sur son environnement, le système peut se tourner vers les désirs, les besoins ou les attentes de celui-ci — ou vers ce qu'il *perçoit* comme tels — et considérer l'information *comme un élément d'analyse*. L'extrait suivant illustre bien ce premier cas de figure :

[PROCUREUR N° 12 POPP] : Maintenant, je crois que c'est important d'être... Je crois que la connaissance de l'opinion publique sur le droit pénal, c'est un aspect important. C'est important comme un élément de plus pour l'analyse, un élément de plus pour l'analyse... cela ne veut pas dire que l'on soit d'accord avec l'opinion publique ni que l'on doive suivre ce que dit l'opinion publique... mais c'est important... c'est important⁴².

Ici, l'acteur accepte d'être sensible à ce qu'il *perçoit* comme étant l'opinion publique sur le procès, mais tient néanmoins à sa souveraineté

41. Jacques Frémont, « Pouvoir judiciaire et opinion publique : réflexions autour d'un malaise » dans Stephen G Coughlan et Dawn Russel, dir, *Citoyenneté et participation à l'administration de la justice*, Montréal, Thémis, 2001, 249 à la p 254.

42. Notre traduction.

en ce qui concerne l'orientation de sa décision. Considérons l'autre volet de la distinction, celui concernant la fermeture opérationnelle du système. De façon beaucoup plus menaçante pour sa propre autonomie, le système peut aussi considérer l'opinion publique et l'ensemble des pressions qu'il attribue à son environnement *comme un véritable critère décisionnel* plutôt que comme un simple élément d'analyse, et en l'occurrence, pour nous, comme un critère de validation ou de légitimation de la peine. Si cette forme de relation entre le judiciaire et l'opinion publique n'apparaît que de façon très marginale et souvent de manière implicite ou indirecte dans notre empirie, certains juges, notamment le juge n° 18, nous assurent — généralement avec regret — qu'elle existe, qu'elle est bel et bien réelle, et peut même, avant la détermination de la peine, influencer le verdict :

[JUGE N° 18 PDPC] : L'opinion publique peut influencer une décision à plusieurs niveaux. Par exemple, la violence conjugale, la violence faite aux enfants, la violence faite aux aînés. Les gens dans notre société n'acceptent pas ça, de sorte que le juge [en tient compte] s'il a un dossier de violence conjugale, violence face aux enfants, face aux aînés. [...]. L'opinion publique, dans ce sens-là, ce sont des valeurs d'une société donnée et dont le juge va tenir compte dans ses décisions, surtout au niveau de la peine. Maintenant, quant à savoir quel est le quantum, combien il va donner, est-ce qu'il va en donner plus pour plaire à l'opinion publique, ça, j'ai plus de difficulté avec. Je suis sûr que ça se fait. C'est sûr que ça se fait.

[JUGE N° 18 PDPC] : Croyez-moi, je l'ai vécu et les lobbys féministes sont puissants. C'est correct. Ils défendent leur point de vue. Alors ça oui, c'est un cas où l'opinion publique peut avoir une influence même sur le verdict. Et ça, c'est pernicieux. On est indépendant... il faut avoir le courage de ses convictions. On n'est pas là pour plaire à une opinion publique. On est là pour rendre une décision.

Cette forme n'est pas sans rappeler celle que décrivaient ainsi Salas et Mingasson : « nous quittons [en effet] le champ de la sanction enracinée dans la singularité d'un cas — la loi étant appliquée à une personne par le juge — pour une sanction construite comme un message envoyé à l'opinion »⁴³. Sous cette forme, l'indépendance, l'autonomie et, plus particulièrement ici, la fermeture opérationnelle du système

43. Salas et Mingasson, *supra* note 6 à la p 17.

et l'intégrité du processus décisionnel de la détermination de la peine se trouvent compromises. Contrairement à la forme précédente, selon laquelle il s'agit de considérer l'environnement comme un facteur parmi tant d'autres sans perdre de vue les principes décisionnels proprement juridiques, pour cette forme-ci, la procédure n'est pas « délestée de la pression sociale »⁴⁴. Elle se laisse plutôt pénétrer par un réseau d'attentes — en l'occurrence, celui constitué des « attentes présumées de l'opinion publique »⁴⁵ — qui n'obéit pas aux mêmes temporalités et finalités du procès pénal que celui constitué par des principes pénologiques et constitutionnels juridiquement formalisés au fondement du droit de punir. En présence de situations comme celles décrites, c'est le courage judiciaire et l'envie de respecter les règles du *due process* qui peuvent aider les acteurs judiciaires à préserver leur indépendance et à protéger ainsi l'intégrité du processus de choix des peines. Il s'agit de la dimension de l'indépendance judiciaire qui réitère le « *principle that encourages judges to be courageous in naming wrongs* »⁴⁶.

En lien avec ce principe apparaissent aussi les considérations relatives à la légitimation par la procédure — par opposition à la légitimation par l'approbation externe. Pour que l'indépendance judiciaire puisse être préservée et résister aux pressions externes, la légitimité de la décision judiciaire doit être associée au respect de la procédure, au respect des normes et des prémisses décisionnelles qui ont été institutionnellement réfléchies et mûries pour justement permettre au système et à son processus décisionnel de se libérer des pressions que pourrait autrement exercer sur ceux-ci l'anticipation des déceptions ou désapprobations externes⁴⁷. L'indépendance judiciaire et toute l'autonomie du système dépendent d'une vigilance constante à l'égard des menaces que peut représenter tout ce qui sort de la légitimation par la procédure. Certes, le respect formel des prémisses internes et un exercice adéquat de l'indépendance judiciaire ne garantissent pas des décisions justes dans l'absolu, mais permettent, à tout le moins, de reconnaître la décision comme un produit légitime d'un point de vue proprement juridique. Par rapport à des décisions qui restreignent

44. Luhmann, *La légitimation*, supra note 22 à la p 63.

45. Carcassonne, supra note 2 à la p 40.

46. Patricia Hughes, « The Significance of Public Pressure on Judicial Independence » dans Adam Dodek et Lorne Sossin, dir, *Judicial Independence in Context*, Toronto, Irwin Law Inc, 2010, 259 à la p 266 [Hughes, « The Significance »].

47. À ce sujet, voir Luhmann, *La légitimation*, supra note 22.

des droits et libertés, la légitimation par la procédure, la validation ou l'invalidation — ou même, au besoin, la transformation — de leurs prémisses doivent pouvoir être réalisées en fonction de critères *internes* « procéduralement » protégés contre les aléas externes; c'est ce qui peut non seulement favoriser l'indépendance judiciaire, mais prévenir aussi, dans le cas particulier qui nous intéresse, certaines dérives vers lesquelles pourrait autrement nous conduire le populisme pénal.

L'opinion publique peut alors être considérée — et même être explicitement évoquée — dans la prise de décision, mais dans des termes qui ont été normativement préétablis par le système, par ses règles, ses normes, ses principes, etc. Pour les acteurs qui admettent ainsi tenir compte de l'opinion publique, la nuance est importante, car il s'agit là d'une opinion publique particulière, d'une opinion publique déjà « pré-judicialisée », d'une donnée déjà « préintégré » sous forme d'une « *inbuilt distinction* ». À cet égard, il faut voir, comme l'explique Frémont, qu' :

[i]l existe [en effet] en droit positif un certain nombre de normes qui renvoient ou peuvent explicitement renvoyer à l'opinion publique : il en est ainsi de l'article 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui renvoie à la question de la déconsidération de la justice [...]. Dans ces cas, les tribunaux doivent tenir compte de l'opinion publique parce qu'ils sont mandatés par le législateur, la constitution ou le système juridique. Quoique la mise en œuvre de ce mandat ne soit pas évidente, la légitimité de ce faire ne se soulève pas⁴⁸.

Sous cette forme, autant l'ouverture cognitive que la fermeture opérationnelle du système dans son traitement de l'opinion publique demeurent proprement juridiques. Les deux prochains extraits nous paraissent inscrits dans cette perspective :

[JUGE N° 2 POPC] : *I do not react to immediate public opinion, but I am entrusted with enforcing the Charter of rights and freedoms and the rule of law, and that reflects the values of Canadian long term. I believe that I'm supposed to take the wider perspective and the long-term perspective.*

[JUGE N° 2 POPC] : On nous demande pourtant de prendre en compte l'opinion publique, par exemple, pour la détention préventive. Aussi dans la Charte pour la recevabilité de la preuve. Le droit criminel nous dit d'en tenir compte.

48. Frémont, *supra* note 41 aux pp 257–58.

Rien ici ne menace l'autonomie du système, car l'opinion publique à laquelle renvoie le système n'est rien d'autre que le concept *juridique* d'opinion publique. En matière de détention préventive, la loi oblige le juge (à l'article 515 du *Code criminel*) à tenir compte de la confiance du public dans l'administration de la justice⁴⁹ et d'éviter de libérer provisoirement l'individu si cette libération est susceptible de miner cette confiance. Mais si on regarde de près tout ce qui encadre juridiquement les conditions d'application de ce critère, on se rend vite compte qu'il n'est pas du tout question d'un critère décisionnel fondé sur l'anticipation d'une approbation externe. Une densité réflexive proprement juridique et judiciarisée établit au contraire les normes d'application sur la base de considérations qui ont tout à voir avec le système et non avec l'opinion publique comme réalité objective. Le renvoi au public est ici proprement « procéduralisé » et non externalisé. Certes, celui-ci évoque une réalité externe, mais sociologiquement, il s'agit d'un point de vue interne. Aucun sondage ou étude empirique n'est effectué afin de déterminer si la décision risque ou non de miner la confiance du public dans l'administration de la justice. Il n'y a sous cette forme aucune prétention ni aucun test de correspondance avec l'environnement *per se*.

D'autres formes de renvoi au public, à ses problèmes, à ses besoins ou à ses attentes, réelles ou présumées réelles, ont émergé de nos données :

[JUGE N° 3 POPC] : *That's not to say that we shouldn't be aware of what legitimate public concerns are. I mean, there are certain communities where different offences are more prevalent than others. You know, [here] for example, we've gone through different periods where different offences have been more prevalent. So, we went through a period where we had a terrible problem with auto theft. [...]. So, I think we have to have an awareness of what public concerns are. [...]. The prosecution might take a harder stand. And that's usually where it comes from. [...]. They're the ones who are saying, look, we've got a problem in this community. We've had X number of auto thefts. The court has to start sending a message. And so, when you apply the principle of general deterrence you start to look at, all right, well, do we have*

49. À l'article 515.10c) du *Code criminel* canadien (*Code criminel*, LRC 1985, c C-46), la détention provisoire de l'accusé est en effet légalement justifiée lorsqu'elle « est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice ».

a real problem here or not? And should the sentences start to trend upwards to reflect that?

Dans cette forme, on prend en considération ce qui se passe dans l'environnement ou on tient compte de ce qui caractérise le contexte social général au sein duquel la décision doit être prise. Le système est conçu alors comme faisant partie d'un tout et comme pouvant apporter sa propre contribution à un problème social particulier. Le système cherche moins à assurer la perception de sa légitimité ou à maintenir un degré de confiance du public qu'à saisir une occasion d'effectuer une prestation sociale dans l'intérêt de ce public, de cette communauté, plus que dans l'intérêt du système. Sous cette forme, le système s'ouvre cognitivement sur son environnement, se veut sensible aux préoccupations externes et aux opinions publiques qui lui paraissent légitimes, mais il se referme aussitôt sur lui-même pour tenter de résoudre le problème, perçu à partir de ses propres structures et de ses propres programmes, en l'occurrence, pour le dernier extrait cité, à partir des structures punitives normativement conditionnées par le programme que représente la théorie de la dissuasion. Cette forme est un bon exemple de compromis possible entre la rationalité trop formelle du droit et tout ce qui, d'un autre côté, peut la menacer, incluant, suivant Weber, la malléabilité de la rationalité matérielle. Dans ce compromis, le système s'ouvre sur son environnement, sonde les problèmes et évalue ensuite, en ses propres termes, en pleine autonomie, dans le cadre de sa propre normativité, comment il peut contribuer à leur résolution.

Cette forme ne fait toutefois pas l'unanimité parmi les magistrats. Plusieurs juges y voient une regrettable distorsion de leur rôle, un activisme judiciaire indu et une politisation de la détermination de la peine. Le propos du juge n° 5 illustre ici cette dissidence :

[JUGE N° 5 PDP] : L'exercice d'imposition de la peine, tel que je le conçois, n'est pas là pour redresser des tendances lourdes dans la société, c'est un exercice qui est individualisé pour sanctionner un comportement précis qui a été posé dans des circonstances précises par un individu en particulier. D'ailleurs, un des principes fondamentaux d'imposition de la peine, c'est le principe de l'individualisation de la peine. On ne se sert pas du processus d'imposition de la peine pour régler des problèmes de société ou des tendances lourdes de société. S'il y a un phénomène de femmes battues — et il y en a de ces phénomènes-là —, on ne fait pas le procès de la société ou de

la difficulté des hommes de gérer la violence à l'égard des femmes dans le cadre d'un dossier d'espèce. Il y a d'autres types d'exercice pour ça, d'autres types de forums. Mais je n'ai jamais admis que l'exercice d'imposition de la peine à un accusé en particulier, à qui on reproche d'avoir posé un geste particulier, puisse servir de prétexte pour imposer des mesures de redressement collectif.

2. Médias

Si on considère la situation qui concerne plus spécifiquement le rapport du judiciaire aux médias, nous avons pu relever deux menaces préoccupant les acteurs. La première concerne la pression que les médias peuvent exercer sur la prise de décision, sur les critères décisionnels, mais aussi sur la temporalité décisionnelle. La deuxième concerne la tentation, pour un acteur judiciaire, d'être perçu comme un «juge justicier».

Pour ce qui est de la première menace, la pression médiatique sur la prise de décision, comme l'explique la procureure n° 4, le rythme du judiciaire n'est pas celui des médias, et lorsque le premier s'accélère pour se rapprocher du second, c'est le fonctionnement global du système qui est compromis :

[PROCUREUR N° 4 POPP] : Parfois, le fait que les affaires soient excessivement médiatisées ne contribue pas au bon déroulement des choses, n'est-ce pas? Notre temporalité est complètement différente, le temps du journalisme et le temps de la justice... Le temps trop accéléré ne peut que nuire [au fonctionnement de la justice]. Les nouvelles finissent par dire n'importe quoi et n'éclaircissent pas comment les choses sont ou devraient être. [...]. Nous avons besoin de paix et de sérénité pour examiner les affaires. Si nous sommes toujours happés par le tourbillon médiatique, si tout tourne tout le temps, cela nuit à la paix. Nous avons besoin de temps et de paix pour gérer toutes ces choses qui sont si compliquées...⁵⁰

Au contact de la temporalité médiatique, celle beaucoup plus lente qu'exige la tenue d'un procès juste et équitable peut se trouver compromise au point de nuire aux droits de la défense. En effet, l'impatience médiatique se traduit souvent par celle de punir. Cette

50. Notre traduction.

impatience est incompatible avec la lente et patiente analyse qu'exigent en cour les affaires plus complexes ou plus « sensationnalistes » qui ont retenu l'attention des médias. La tenue d'un procès juste et équitable a comme condition la préservation d'une temporalité proprement judiciaire, capable de maintenir son indépendance par rapport à la temporalité accélérée du système médiatique. Or, pour Salas, aujourd'hui, cette indépendance est menacée : « le poids du politico-médiatique tend à tout écraser dès lors qu'il entre sur la scène de la sanction avec sa charge d'affects, la tyrannie de la réponse »⁵¹. Dans ce contexte, poursuit Salas, « la réaction courte, immédiate, imposée par l'opinion, devient le tout de la peine, occultant les temporalités longues de celle-ci. Tout se passe comme si l'impatience à punir gouvernait, avec la force brève d'un réflexe, la machine pénale »⁵².

Toujours dans le cadre de cette première menace et en partie reliée au caractère trop accéléré de la temporalité médiatique, la non-compréhension des règles du jeu judiciaire par les médias et la transmission de renseignements superficiels ou carrément erronés à propos du procès minent la confiance du public dans l'administration de la justice, alimentant des préjugés qui ne correspondent pas à la réalité des acteurs :

[PROCUREUR N° 5 POPP] : Les gens disent : « les grands ne sont jamais jugés, ils ne sont jamais condamnés ». [...]. C'est très compliqué... Nous ne réussissons pas à expliquer aux gens les raisons qui font en sorte que tel individu a été jugé et absous⁵³.

Les faits du procès sont évidemment plus complexes que ceux retenus par les médias. Lorsque les décisions judiciaires sont médiatiquement rapportées, elles le sont en relation avec des faits qui ne sont déjà plus ceux du procès, des faits qui ont eux-mêmes été médiatisés et qui ne correspondent plus qu'aux faits retenus et interprétés par les médias. En d'autres termes, les décisions judiciaires sont médiatisées sans leurs fondements judiciaires. Détachées de leur contexte, il n'est pas étonnant que les décisions judiciaires, notamment en matière de détermination de la peine, puissent parfois paraître injustes, déraisonnables, biaisées, pas assez sévères, etc. Ce problème devient une menace externe à l'indépendance judiciaire lorsque la pression médiatique finit par s'imposer, de l'extérieur, comme un critère décisionnel.

51. Salas et Mingasson, *supra* note 6 à la p 16.

52. *Ibid.*

53. Notre traduction.

Un procureur reconnaît cet impact dans les décisions entourant la détention provisoire :

[PROCUREUR N° 4 POPP] : Parfois, face à certains crimes, les juges finiront par accorder la détention provisoire parce qu'il y a une forte pression de l'opinion publique. [...]. Nous l'appliquons rarement pour certains types de crimes [notamment la fraude fiscale] sauf s'ils sont médiatisés. [...]. La médiatisation fait en sorte que la prison préventive s'applique chaque fois plus facilement pour ces cas à l'avenir⁵⁴.

La détention provisoire (aussi appelée mise sous garde ou détention préventive) n'est pas une mesure punitive et les décisions qui la concernent ne relèvent pas de la détermination de la peine. Cela dit, si la pression médiatique peut parfois jouer un rôle aussi déterminant dans les décisions entourant l'enfermement *préventif*, il n'est pas déraisonnable de croire qu'elle puisse aussi, dans certaines circonstances, finir par jouer un certain rôle dans les décisions entourant l'enfermement *punitif*. Confrontés à cette question, les acteurs que nous avons interviewés ont généralement eu tendance à réitérer l'importance de la primauté du droit, laquelle exclut théoriquement les médias comme critère décisionnel :

[JUGE N° 3 POPC] : *But when it comes to the application of the rule of law to the individual in front of you, I think it's important that you not be overly swayed by what is the opinion of the day in certain media outlets.*

Ce principe n'exclut pas, dans la pratique, que des cas d'influence induite des médias dans la détermination de la peine puissent exister. Cependant, la question qu'il nous importe le plus de déterminer, en raison précisément de son importance, concerne les conditions de l'indépendance judiciaire et de la protection des garanties juridiques quant au *risque* que représente cette *possibilité*. À cet égard, la rigidité d'un certain formalisme juridique ou d'une certaine éthique dans l'application de la règle de droit peut servir de balise et favoriser, dans ce contexte de fortes pressions médiatiques, une prise de décision proprement juridique, exprimée en pleine autonomie, en faveur de l'indépendance judiciaire et des droits de la personne judiciarisée. Le système médiatique va sans doute continuer de rapporter les décisions judiciaires comme il le fait et celles-ci vont probablement continuer de

54. Notre traduction.

décevoir dans certaines circonstances, mais les juges doivent, quant à eux, continuer à déterminer le droit par le droit et résister à la tentation de décider en fonction de ce qui pourrait susciter l'approbation publique. Les acteurs judiciaires sont conscients du risque, mais tout aussi conscients, nous ont-ils dit, de ce qu'implique leur rôle par rapport à une administration impartiale et non partisane de la justice :

[JUGE N° 4 POPC] : *I've seen press report something that I've done completely backwards, and then everybody is all up in arms about it. But, you know, if I got upset about that, I don't think I could manage my job.*

[PROCUREUR N° 12 POPP] : Notre justice ne valorise pas beaucoup ce que dit la communication sociale⁵⁵.

Passons à la deuxième menace qui, de leur aveu, préoccupe les acteurs. Cette menace a trait, dans ce contexte de forte médiatisation du processus judiciaire, à la tentation que pourrait représenter pour certains acteurs l'image populaire et séductrice du « juge justicier » ou du « juge-star ». Succomber à cette tentation médiatique peut compromettre, au même titre que la menace précédente, les droits du justiciable et, de manière générale, toute l'intégrité du système. Pour le juge n° 10, il s'agit d'une menace bel et bien réelle qui, malheureusement, entraîne une corruption des principes de justice.

[JUGE N° 10 POPC] : *I know that some judges, particularly historically, used to court the media. Court the media, sort of, you know. And they'd want to be reported, and so forth. And that's a very dangerous thing to do if you're a judge. Because that's a worm that could come back, and ruin your apple, you know. The media are not... You cannot always trust the media to do the right thing.*

La plupart des acteurs qui perçoivent ce risque n'iront pas jusqu'à défendre pour autant un principe de cloisonnement entre le judiciaire et les médias. Pour la plupart des gens, les médias représentent leur seule source d'information entourant les principes de justice et le fonctionnement des tribunaux. Le rapport entre le judiciaire et les médias n'est certes pas parfait, mais plusieurs acteurs préféreraient tenter de l'améliorer plutôt que d'y renoncer complètement. En ce sens, ce qui ressort de nos entretiens sur la question de ce rapport, c'est que le système judiciaire cherche encore son juste milieu, quelque chose de

55. Notre traduction.

plus « sain », entre l'excès de relations et l'absence de relations. Pour l'instant, remarque le procureur n° 12, les juges se divisent en deux camps, ni l'un ni l'autre ne favorisant l'information du public : celui des « trop médiatisés » et celui des « trop timides ».

[PROCUREUR N° 12 POPP] : Nos magistrats font de deux choses l'une : certains incarnent une médiatisation qui est nuisible... d'autres sont trop timides [...] ont presque une phobie par rapport aux médias. Cela génère une grande difficulté pour le public à comprendre les choses, cela génère des difficultés à bien transmettre l'information⁵⁶.

Il faudrait donc, de l'avis de ce procureur, repenser complètement les conditions de ce rapport entre les systèmes judiciaire et médiatique, mais une chose en particulier est non négociable : le respect des droits de la personne. On ne peut tolérer aucune forme de rapprochement entre le judiciaire et le médiatique qui puisse menacer les droits de la personne judiciarisée :

[PROCUREUR N° 12 POPP] : Je n'ai aucune objection à la médiatisation des jugements, [mais] à condition que soient préservés les droits de la personne.

Si les décisions des juges sont trop médiatisées, ces derniers risquent de les fonder en fonction de critères externes qui n'ont pas été conçus dans les limites imposées par les droits de la personne. Trop timides, trop éloignés des médias, les juges perdent l'occasion d'informer le public quant à l'importance de ces droits et du rôle qu'ils sont appelés à jouer dans la prise de décisions juridiquement considérées comme justes et adéquates. En ce sens, ce qu'il faut aujourd'hui repenser, nous disent les acteurs, ce sont de nouvelles formes plus productives et plus utiles de contacts entre le judiciaire et les médias.

3. *Mouvements sociaux*

Liée aux médias et aux droits de la personne, une question se pose : celle de l'influence que peuvent exercer les mouvements sociaux sur le fonctionnement du système judiciaire. Comment décrire l'apport que sont venus à représenter aujourd'hui les mouvements sociaux dans la fonction de juger ? Peut-on parler ici d'une simple « ouverture

56. Notre traduction.

cognitive»⁵⁷, d'un échange d'information entre le pouvoir judiciaire et son environnement, ou sommes-nous plutôt en présence d'un « contrôle normatif », de la prise en compte des attentes de ces mouvements dans le processus de détermination de la peine?

Ces mouvements sociaux s'organisent généralement autour d'un thème ou d'une catégorie sociale d'individus et mettent en place des pratiques et des discours de revendication, qui s'adressent à plusieurs sous-systèmes sociaux selon des formes plus ou moins organisées, plus ou moins stabilisées, plus ou moins institutionnalisées (marches, rencontres, organisations, conférences de presse, participation au procès, etc.). L'activité de ces mouvements sociaux est perçue, dans certains contextes, comme une pression que la société civile exerce sur la justice, prenant généralement la forme de demandes et d'attentes en matière de peines ou alors de contestations de certaines décisions judiciaires. Si, comme le souligne Hughes : « *the integrity of the legal culture is the responsibility of all citizens [...], public challenges to the legitimacy of the judiciary — not merely to particular decisions or individual conduct, but to the institution — can also pose threats to judicial independence* »⁵⁸. L'activité et la mobilisation de mouvements sociaux, protecteurs des droits de la personne (plus exactement, de certaines personnes), peuvent de fait représenter une menace à l'indépendance des tribunaux.

À cet égard, certains juristes remarquent que, de façon paradoxale, les nouveaux pouvoirs constitutionnels conférés aux magistrats canadiens — notamment depuis la Charte — peuvent, dans certains contextes, avoir comme effet de rendre le processus décisionnel plus perméable aux pressions sociales et fragiliser ainsi l'indépendance judiciaire. C'est d'ailleurs l'avis de Valois :

Paradoxically the mounting power of judges poses a challenge for judicial independence — the judges' freedom to make decisions based on law without any form of pressure or influence — also had adverse consequences for judicial independence. This is because the increased mobilization of the judiciary to decide

57. Pour Nobles et Schiff, ce concept, tiré de la théorie des systèmes, peut être compris de la manière suivante : « *The openness can be described as cognitive because the system can learn. This means that it may respond to its environment by making communications that alter the possibilities of what will, in the future, constitute a communication within that system.* » (Richard Nobles et David Schiff, « Introduction » dans Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 1 à la p 8).

58. Hughes, « The Significance », *supra* note 46 à la p 269.

*social or moral issues has led to an increase in the criticism addressed to judges and the decisions they render*⁵⁹.

Les entretiens avec des acteurs judiciaires nous ont permis de mieux comprendre comment les revendications qu'expriment les mouvements sociaux depuis l'environnement du système peuvent concrètement menacer l'indépendance judiciaire, particulièrement en matière de détermination de la peine. Il faut d'abord voir que les pressions et revendications des mouvements sociaux se portent rarement à la défense des droits du justiciable et privilégient plutôt un durcissement du régime des peines. Si elles ne sont pas nécessairement faites en salle d'audience, ces revendications font partie de l'environnement plus général dans lequel est plongé le juge. Plus ou moins organisées, plus ou moins médiatisées, les pressions exercées sur le juge peuvent être considérables au point d'augmenter de façon importante les risques d'entorse aux garanties juridiques et aux droits de la défense. Le propos du juge n° 6 est, à cet égard, représentatif d'un point de vue que partagent bien des juges interviewés :

[JUGE N° 6 PDPC] : Ça crée un encadrement social où l'exercice de l'indépendance judiciaire dans le processus de détermination de la peine devient plus difficile en raison parfois des réactions que provoquent certaines décisions judiciaires. Ce ne sont pas, évidemment, ces déclarations ou ces représentations qui se présentent au prétoire, dans la salle d'audience, mais elles sont présentes dans l'environnement où travaille le juge, où travaille la poursuite, où œuvre la défense. [...]. Écoutez, ça crée sûrement un climat, globalement, un climat défavorable pour le prévenu.

Ce propos nous permet de distinguer la pression présente dans l'environnement du juge de celle qui peut être exercée plus directement à l'intérieur du procès. Au Canada, la Cour suprême a ouvert la porte à la participation directe de certains mouvements sociaux qui agissent à titre d'intervenants dans des causes pénales. Cette ouverture s'est accentuée à la suite de l'adoption de la Charte, laquelle aura permis, depuis 1982, « l'émergence massive de nouveaux acteurs sociaux dans les causes *pénales* » [italiques dans l'original]⁶⁰ ainsi que

59. Valois, *supra* note 37 à la p 57.

60. Alvaro P Pires, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique » (2001) 33:1 Sociologie et sociétés 179 à la p 199 [Pires, « La rationalité pénale »].

l'apparition d'une situation particulière où « le public cesse d'être [...] un simple destinataire de la norme juridique, ou encore un aspect de l'environnement du système pénal, pour devenir à la fois une sorte de critère et de prolongement interne de ce système »⁶¹. Les mouvements sociaux qui agissent à titre d'intervenants⁶² sont autorisés à exprimer leur point de vue sur certains thèmes sociaux devant les tribunaux (généralement les instances d'appel) : on leur reconnaît ainsi un droit de parole et un droit de participation plus importants au procès. Le phénomène modifie le paysage judiciaire et on peut se demander s'il ne modifie pas aussi, d'une certaine manière, la configuration du conflit et de son règlement. Pires explique :

Aujourd'hui, dans une décision de la Cour Suprême du Canada, c'est un paysage familier que de voir une liste de mouvements sociaux qui sont venus à leur tour plaider dans le dossier. La fameuse formule juridique « *Reine contre Untel* » est-elle devenue obsolète? Doit-on désormais écrire « *Reine plus tel ou tel groupe ou organisation contre Untel* » [italiques dans l'original]⁶³?

Dans ce processus, chaque mouvement social, « chaque morale particulière cherche à s'emparer d'une norme pénale pour imposer sa conception »⁶⁴ de la façon dont on devrait assurer la protection de ses intérêts. La plupart du temps, il s'agit de mouvements « sans théorie »⁶⁵,

61. *Ibid* aux pp 194–95.

62. Il s'agit normalement de mouvements de défense des droits de la personne (des femmes, des enfants, des personnes handicapées, etc.), demandant à participer comme intervenants dans des causes où se joue la défense d'un droit ou d'un intérêt qu'ils partagent avec la victime (ou avec l'accusé). Nous avons analysé ailleurs certains impacts problématiques que les mouvements de défense de la personne-enfant peuvent produire dans le système de justice criminelle (voir Margarida Garcia, « Les hésitations parlantes et la force paradoxale des droits de l'enfant face au droit criminel: la réaction sociétale aux châtiments corporels et aux "corrections raisonnables" » dans Tara Collins et al, dir, *Droits de l'enfant. Actes de la Conférence internationale (Ottawa, 2007)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, 57.

63. Pires, « La rationalité pénale », *supra* note 60 à la p 199.

64. Denis Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005 à la p 225.

65. Lorsque Luhmann écrit que « [T]he new social movements have no theory » (Niklas Luhmann, *Ecological communication*, Chicago, The University of Chicago Press, 1989 à la p 125), il fait référence à des mouvements sociaux qui, contrairement à des mouvements comme les mouvements socialistes, n'ont pas élaboré de réflexion théorique sur la société. Pour Pires, en matière de droit criminel, ces nouveaux mouvements sociaux peuvent ainsi être plus spécifiquement caractérisés comme étant « sans théorie sur le système de droit criminel » (Alvaro P Pires, « *Racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos* » (2004) 68 *Novos Estudos (CEBRAP)* 39 à la p 48). Ces mouvements sont sans projet global de refondation d'une société meilleure pour tous et

caractérisés par un « engagement d'urgence dans des causes précises (par opposition à un engagement de réforme globale) »⁶⁶. Au cours de nos entretiens, nous avons voulu connaître le point de vue des acteurs sur ces nouveaux « participants » et la manière dont ils perçoivent, en tenant compte de leur présence, les balises de l'indépendance judiciaire.

Tout en reconnaissant la menace que les mouvements sociaux peuvent représenter à l'égard de la liberté décisionnelle, plusieurs acteurs ont affirmé que le système ne considère pas les revendications des mouvements sociaux comme faisant partie des critères internes de détermination de la peine. Les attentes des mouvements sociaux peuvent être tout à fait légitimes, mais doivent être redirigées vers le système politique :

[JUGE N° 12 POPC] : C'est correct de militer pour que les choses changent, mais ce n'est pas le rôle du juge de première instance que de donner suite à ces revendications des mouvements sociaux. C'est le rôle du législateur. Le jour où le lobby, les pressions populaires seront considérés dans les tribunaux... [..]. Moi, comme juge, je suis lié par la Cour d'appel, par le droit criminel.

Par contre, pour certains acteurs, dans certaines circonstances, le judiciaire peut avoir intérêt à s'ouvrir cognitivement à cet environnement et prendre en considération le point de vue, même partisan, des mouvements sociaux, lorsque celui-ci est de nature à enrichir la réflexion et à nourrir le débat. Mais cette ouverture doit en même temps pouvoir compter sur une capacité de fermeture : le juge qui prend en compte le point de vue des mouvements sociaux doit néanmoins prendre ses décisions en fonction de considérations proprement juridiques et non partisans. Évidemment, dans les faits, cette frontière, que l'on peut parfaitement tracer sur le plan théorique, peut finir par se brouiller au point de miner l'indépendance judiciaire. En se rapprochant de la société civile et des mouvements sociaux, le judiciaire assouplit son formalisme juridique, mais court en même temps le risque d'atténuer la frontière au point de compromettre son indépendance :

sans projet particulier de refondation d'un système pénal plus respectueux des droits de la personne, incluant la personne judiciarisée. Les revendications de ces nouveaux mouvements sociaux sont au contraire élaborées dans le but d'améliorer les conditions d'un groupe social en particulier et de promouvoir ses intérêts et sa protection.

66. Pires, « La rationalité pénale », *supra* note 60 à la p 196.

[JUGE N° 4 PDPC]: Je pense que ça peut enrichir le débat d'avoir un point de vue partisan, parce qu'un groupe d'intervention est nécessairement partisan, donc je ne pense pas que ça devrait nécessairement être découragé... Mais ça prend des juges qui sont solides, qui n'obéiront pas à la pression, mais à l'intelligence de ce qui va être dit. C'est différent. C'est tout.

[PROCUREUR N° 6 POPP]: Je pense que le système peut recevoir, peut retenir de l'information de la société civile [...]. Mais il faut que cela reste dans le domaine de l'information. [...]. Cela ne peut pas être « procéduralisé » ni avoir de l'influence dans le procès. Malheureusement, les choses ne se passent pas toujours comme ça. Il y a des situations où la pression est grande [...] et finit par conditionner d'une certaine [manière] même le rythme du procès. [...]. La logique d'exposition du caractère odieux du crime [par les mouvements sociaux] est reliée à une pression dans le sens de peines plus... plus sévères, voilà!⁶⁷

En règle générale, les acteurs ne considèrent pas la participation des mouvements sociaux dans le processus judiciaire comme étant en soi problématique. Au contraire, selon le point de vue le plus répandu, cette participation est envisagée comme un apport, comme un élément qui peut s'avérer fort utile dans les débats judiciaires. Cependant, cette complicité n'est utile que dans la mesure où la participation des mouvements sociaux ne met pas en péril la fermeture opérationnelle du système, soit cette frontière qui lui permet de prendre ses propres décisions par lui-même, en fonction de ses propres normes, de ses propres attentes et principes.

Cette manière de concevoir le rapport du système à l'environnement rejoint le point de vue plus sociologique de la théorie des systèmes. Si un système social ne peut se reproduire qu'en relation avec son environnement, il ne peut en même temps se maintenir qu'en préservant ses propres critères décisionnels, sa propre autoréférence. Comme le souligne Luhmann, si « au niveau des cas individuels, un choix peut être fait entre donner la priorité à l'urgence des intérêts ou à la pureté des concepts, [...] le système en tant que tel ne peut pas réagir de cette façon »⁶⁸. Luhmann renchérit: « si ses décisions sont présentées comme des évaluations d'intérêts, ceci revient à sous-estimer les questions

67. Notre traduction.

68. Luhmann, « Clôture et couplage », *supra* note 27 à la p 85.

conceptuelles et à négliger pour l'heure le contrôle de cohérence»⁶⁹. Pour Luhmann, comme pour la majorité des acteurs interviewés, on peut s'ouvrir cognitivement à un environnement, mais on ne peut pas « attribuer aux destinataires de la décision qui sont présents le rôle de ceux qui doivent la légitimer, et cela ni ouvertement ni implicitement »⁷⁰. Les mouvements sociaux peuvent, certes, participer au processus judiciaire, mais ils doivent demeurer destinataires de la norme. À la source « du sens et du droit », on doit pouvoir continuer d'observer la prérogative du système. Celui-ci doit pouvoir préserver son « monopole [dans] la détermination de l'ensemble des prémisses décisionnelles » [italiques dans l'original]⁷¹, incluant celles relatives à la détermination de la peine. Autrement, ce n'est pas que l'indépendance judiciaire qui est compromise, ce sont aussi, avec elle, les droits de la personne et les garanties juridiques.

CONCLUSION

L'évolution du concept d'indépendance judiciaire et du rôle des tribunaux comme protecteurs des droits fondamentaux a favorisé, en théorie du moins, une conception plus large de la marge de liberté décisionnelle dont jouissent les acteurs judiciaires. Parallèlement, le passage de l'État de droit à l'État constitutionnel de droit, dans un contexte d'internationalisation et de constitutionnalisation des droits de la personne, de médiatisation de la justice et de ses procès, et de juridiciarisation de la politique, représente un changement important pour le fonctionnement des tribunaux. Ces phénomènes ont certes permis l'émergence d'une justice aujourd'hui plus active et plus impliquée dans la construction de l'ordre juridique et l'établissement de normes constitutionnelles, mais ont aussi introduit de nouveaux défis pour l'indépendance judiciaire. Une justice qui sort de sa « tour d'ivoire » pour aller dans la « cité » en est une qui se trouve confrontée à de nouvelles formes de pression sociale qui peuvent nuire, lorsque mal encadrées, à la fermeture opérationnelle du système et à sa capacité d'autodétermination. À ce titre, les principes de transparence, de liberté cognitive et d'autonomie, sur lesquels nous insistions ailleurs, demeurent ici, dans le cadre de cette analyse, tout à fait pertinents :

69. *Ibid.*

70. Luhmann, *La légitimation*, supra note 22 à la p 105.

71. *Ibid* à la p 64.

La transparence, que nous préférons au concept de neutralité, implique une conscience, une clarté et une netteté par rapport aux interdépendances — l'environnement du système juridique veut comprendre comment sont construits les critères de décision, quels matériaux sont privilégiés par les tribunaux pour interpréter les principes constitutionnels, quelles sources sont sélectionnées par le pouvoir judiciaire pour faire évoluer le droit. Pour ce qui est de la liberté cognitive, nous avons établi ce qui nous paraissait en être la condition fondamentale: les acteurs, pris au cœur de tous ces changements de société, doivent pouvoir préserver une « juste distance » envers l'environnement, celle qui leur permettra de pouvoir compter sur un espace intellectuel et cognitif au sein duquel tout ce qui se décide se décide selon la normativité juridique et non selon celle de l'environnement. Quant à l'idée d'autonomie, elle implique le fait que les acteurs judiciaires soient souverains dans le choix de leurs dépendances et évitent ainsi les travers de l'autarcie comme ceux de l'hétéronomie⁷².

L'objectif général que nous poursuivions dans le cadre du présent article était de rehausser notre conscience à l'égard de ce que nous avons décrit comme de « nouvelles » menaces externes à l'indépendance des tribunaux. Si, dans son contexte d'émergence, le concept d'indépendance judiciaire a surtout été pensé en relation avec la nécessité d'instituer une distance adéquate entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs de l'État, nous sommes aujourd'hui forcés de considérer les conditions de cette même indépendance quant à différentes menaces non étatiques, comme celles que peuvent représenter l'opinion publique, les médias et les mouvements sociaux. Nous avons analysé, dans ce texte, certains arrangements institutionnels et certaines pressions externes qui peuvent mettre en péril la liberté décisionnelle et l'indépendance des acteurs judiciaires relativement au choix des peines. Tel que nous avons pu le constater, dans son contexte d'émergence, le concept d'indépendance judiciaire externe n'était pas centré sur la nécessité de penser la distance adéquate à préserver entre le pouvoir judiciaire et ses publics (opinion publique, médias, mouvements sociaux, etc.). Pourtant, notre enquête a fait ressortir la nécessité, pour les acteurs judiciaires, de penser de façon réfléchie leur rapprochement avec la société civile et leurs rapports avec le(s) public(s) qu'ils desservent. La diversification des rôles attribués aux acteurs judiciaires

72. Garcia, « Du juge », *supra* note 20 à la p 264.

(qui interprètent la loi, mais aussi gardent et font évoluer les droits de la personne) a rendu plus complexe la tâche d'établir des relations entre le pouvoir judiciaire et ses publics et de privilégier des rapports qui puissent à la fois rapprocher la justice des citoyens qu'elle dessert et préserver l'indépendance judiciaire externe qui doit la caractériser. Dans ce cadre, le choix de la catégorie « menace » visait à refléter la diversité des situations présentes dans nos résultats, lesquelles nous sont parues pertinentes à une analyse plus profonde du sens et des contours de l'indépendance judiciaire externe dans le contexte particulier du *sentencing*. La possibilité que des facteurs externes au contexte de détermination de la peine influencent la décision relative aux peines est parfois pensée comme une réalité indésirable, comme un risque, un danger, un piège, un point sensible, mais parfois aussi comme une avenue intéressante. La plupart du temps, les acteurs du système judiciaire sont non seulement conscients de ces menaces, mais sont, par ailleurs, en mesure de les encadrer dans des formes qui permettent l'enrichissement des débats judiciaires, sans pervertir nécessairement les structures proprement juridiques qui gouvernent le processus décisionnel.

À terme, l'enquête présentée nous a permis de dresser un portrait plus complexe de l'indépendance et de la liberté judiciaires dans le processus de la détermination de la peine, un portrait qui échappe à l'alternative proposée, à savoir un juge entièrement libre ou un juge entièrement contraint, dans la prise de décision sur les peines. Nous avons pu distinguer, fruit d'une observation faite un peu plus en hauteur et avec une plus grande distance, les mécanismes par lesquels le processus de détermination de la peine peut se trouver alourdi et restreint par des critères ou des considérations qui sont perçus par les acteurs judiciaires comme étant externes aux principes régissant le *sentencing*. D'un point de vue théorique, il s'agirait de situations où les rapports avec l'environnement, tout en étant nécessaires à la reproduction du système, impliqueraient l'externalisation des prémisses décisionnelles et, ainsi, une perte d'autonomie sur le plan décisionnel. Nous avons pu aussi observer les mécanismes par lesquels les acteurs judiciaires résistent aux pressions externes, en se réfugiant notamment dans les prémisses décisionnelles que leur offre le droit, en ignorant la couverture médiatique ou en cultivant tout simplement le courage judiciaire qui les incite à respecter les règles de leur art. Ces mécanismes reposent essentiellement sur la valorisation des prémisses décisionnelles qui ont historiquement été instituées pour maintenir le pouvoir judiciaire indépendant des autres pouvoirs étatiques. À cet

égard, le judiciaire jouissait déjà d'un capital de « distanciation » qui allait lui permettre de relever les nouveaux défis que représentent aujourd'hui les menaces externes non étatiques.

Cette recherche a fait émerger une série de menaces à l'indépendance judiciaire, qui résultent d'un rapprochement de la justice avec le reste de la société civile, mais qui nous a permis d'observer que ces menaces peuvent déboucher sur deux résultats très différents : le premier renvoie à une corruption du processus de détermination de la peine, l'autre, à sa complexification. Dans le premier scénario, la peine devient un message envoyé à la société et censé refléter les « attentes présumées de l'opinion publique » plus que celles instituées par les critères et les principes du droit. Ce premier scénario compromet l'individualisation de la peine de même que les principes internes favorisant une peine juste et adéquate au cas concret. Dans le deuxième scénario, l'adaptation aux intérêts sociaux est médiatisée par les concepts juridiques. Elle procède d'une ouverture cognitive du système à une information utilisée comme élément d'analyse et non comme critère décisionnel.

Dans la mesure où les critères de consistance internes sont respectés, où les droits de l'accusé ne sont pas mis de côté et où la finalité du processus est celle d'arriver à la peine juste, on pourra sans doute continuer de parler d'une « proximité normale du droit par rapport aux intérêts »⁷³. Cependant, dans le cas contraire, pour le pénal, ce ne sont pas uniquement les valeurs de l'indépendance judiciaire qui volent en éclats, ce sont aussi, avec elles, celles tout aussi fondamentales qu'inspirent les droits de la personne et les garanties juridiques. La responsabilisation et la transparence croissantes de l'activité judiciaire à l'égard de la société civile nous présentent de nouveaux défis très importants pour la préservation d'une distance adéquate entre la société et la décision en matière de détermination de la peine. Le judiciaire doit pouvoir évaluer la pertinence des revendications externes, qu'elles viennent des mouvements sociaux, des médias ou d'autres publics; il doit pouvoir décider s'il les intègre ou les exclut; il doit pouvoir déterminer par et pour lui-même comment il les intégrera, sous quelles formes, en leur attribuant quel sens et, dans tous les cas, en respectant les garanties offertes par le contexte de détermination de la peine. La participation du public à la procédure doit demeurer « non

73. Niklas Luhmann, « Le droit comme système social » (1989) 11:1 *Dr et soc* 53 à la p 64.

impliquée »⁷⁴; la clôture normative du *sentencing* doit être respectée pour garantir que le droit puisse se reproduire en respectant les attentes du droit et non celles de son environnement. Dans un contexte caractérisé par l'extension du réseau d'attentes à considérer dans le procès pénal, ce sont là les conditions nécessaires à une forme d'ouverture cognitive enrichissante, qui ne menace pas le droit. Ce sont là, en d'autres termes, les conditions pouvant permettre au droit de se rapprocher de la société civile sans mettre en péril l'indépendance judiciaire et la liberté décisionnelle des acteurs dans le choix de peines justes et adaptées au cas concret. C'est sur ce plan qu'intervient l'importance fondamentale de la fermeture opérationnelle : la fermeture opérationnelle du système juridique est la condition même de son ouverture cognitive. À cet égard, les remarques de Teubner nous permettront de conclure et de synthétiser l'essentiel de la thèse que nous sommes amenés à défendre en fin d'analyse : « *The more the legal system gains in operational closure and autonomy, the more it gains in openness toward social facts, political demands, social science theories, and human needs. [...] A radical closure of the system — under certain conditions — means its radical openness* »⁷⁵.

74. Luhmann, *La légitimation*, *supra* note 22 à la p 119.

75. Gunther Teubner, « Introduction to Autopoietic Law » dans Gunther Teubner, dir, *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin et New York, Walter de Gruyter, 1988, 1 à la p 2.