

**LES EFFETS DE LA PEINE SUR LES PROCHES DES PERSONNES
CONDAMNÉES :**
CONNAISSANCES SCIENTIFIQUES, REPRÉSENTATIONS DU DROIT ET
RATIONALITÉS DE PRISE EN COMPTE LORS DE LA DÉTERMINATION DE LA
PEINE

SOPHIE DE SAUSSURE

Thèse soumise à l'Université d'Ottawa
dans le cadre des exigences du programme de
doctorat en droit

Section de droit civil
Faculté de droit
Université d'Ottawa

Résumé

Cette thèse s'intéresse à la détermination des peines. Elle met au centre de l'attention les proches des personnes condamnées, et les effets que les sanctions pénales sont susceptibles de produire à leur égard. L'objectif premier de la thèse est de décrire la manière dont ces effets, documentés dans la littérature, sont problématisés par les acteurs et actrices qui ont la responsabilité de choisir la peine juste et adéquate. Ce faisant, la recherche interroge le rapport de l'intervention pénale à ses conséquences concrètes : est-ce que le droit criminel se fait réflexif par rapport aux conséquences de ses propres interventions sur le plan de la détermination des peines ?

À travers ce questionnement, la thèse ambitionne de réfléchir à des mécanismes permettant de sortir de la manière conventionnelle de penser les peines, des mécanismes qui fassent une place substantielle aux valeurs positives du système pénal : l'inclusion sociale et la modération en matière de peine.

Sur le plan théorique, la recherche mobilise la théorie de la rationalité pénale moderne, développée initialement par Alvaro Pires, pour construire l'hypothèse de la recherche et pour guider l'observation empirique. Sur le plan méthodologique, la thèse s'appuie sur des entretiens qualitatifs menés auprès de juges, et accessoirement d'avocat-e-s de la défense, au Québec et en Suisse romande. Ce matériau de recherche a été privilégié, dans la mesure où ce sont les points de vue des acteurs et actrices judiciaires sur la thématique de recherche qui se trouvent au cœur du questionnement. L'analyse des données a permis de décrire comment ces acteurs et actrices se représentent les notions de « proches des personnes condamnées » et d'« effets de la peine sur les proches » ; elle observe également les rationalités à l'œuvre dans la prise en compte, ou non, de ces effets, en lien avec le choix de la peine.

Mots clés : droit criminel, détermination de la peine, proches des personnes condamnées, coûts sociaux de l'intervention pénale, effets des peines, rationalité pénale moderne

Remerciements

Mes premiers remerciements vont à toutes les personnes qui, à mon invitation, ont accepté de participer à cette recherche par le biais d'un entretien et qui ont généreusement partagé leur expérience avec moi. La qualité de nos échanges, l'intérêt témoigné à l'égard de la recherche et l'accueil qui m'a été fait par les juges, les avocates et avocats de la défense ont été déterminants afin de mener ce travail à terme. Je me réjouis de poursuivre les discussions si riches et fécondes entamées avec vous. Je remercie également toutes les personnes qui m'ont facilité l'accès au terrain de recherche, et qui ont fait le pont entre nous.

Merci à ma superviseure, la professeure Margarida Garcia : d'Ottawa à la bibliothèque d'Oñati, de chaque côté de l'océan, nous avons parcouru un sacré chemin ensemble. Nos échanges ont toujours été une source de grande stimulation et d'inspiration. Tu m'as accompagnée avec générosité, dévouement et intelligence. La thèse vaut le voyage. Je suis fière d'être ta « première ».

Merci aux membres de mon comité de thèse, les professeur-e-s Alvaro Pires et Marie-Ève Sylvestre. Votre apport à cette recherche est énorme ; la thèse porte tant de traces des échanges transformateurs que nous avons eu au cours de ces années de compagnonnage intellectuel. Devenir une chercheuse auprès de vous a été un grand privilège.

Merci à la professeure Gwenola Ricordeau. Tes travaux sur les proches des personnes incarcérées ont été déterminants lorsque j'ai débuté cette recherche ; te compter parmi les membres du jury a été la cerise sur le sundae.

Sur la route du doctorat – longue mais exaltante, parfois cabossée aussi – j'ai croisé des humains extraordinaires, qui ont enrichi mes réflexions, relu généreusement certaines portions de la thèse, donné des pistes de lecture ainsi que des tapes sur l'épaule quand il le fallait. Vous êtes nombreuses, nombreux, je suis si chanceuse que je n'arrive pas à toutes, tous vous nommer. Parmi toutes ces personnes, j'aimerais souligner particulièrement l'apport :

de mes collègues de la *Chaire de recherche de l'Université d'Ottawa en traditions juridiques et rationalité pénale*. Um grande beijo à vous, avec un merci spécial à Gérald et Coline pour leur soutien et leur amitié ;

du département de droit pénal de l'Université de Genève, qui m'a accueillie pour un séjour de recherche. Merci au professeur Bernhard Sträuli de m'avoir ouvert ses portes, à mes collègues et à Odette, qui ont rendu ces années joyeuses ;

du professeur Christian Nils-Robert, avec qui tout a commencé : vous avez allumé la flamme du droit pénal il y a vingt ans, elle est devenue un feu. Ma gratitude est immense ;

de mes proches, dont l'amour et l'amitié ont émaillé les jours, éclairé le chemin à Ottawa, Montréal, Genève. Mention spéciale à Justine ma *partner in crime*, à Manon qui a semé tant de choses en moi, à mes parents, à mon amour, à mes supers kids (la curiosité n'est pas qu'un vilain défaut).

Merci enfin au Conseil de Recherches en Sciences Humaines du Canada et à la Fondation Pierre Elliott Trudeau pour leur confiance et pour le soutien financier accordé à cette recherche.

TABLE DES MATIÈRES

Résumé	ii
Remerciements	iii
Liste des tableaux.....	viii
Introduction générale	1
Chapitre 1 – La problématique de recherche.....	10
Introduction : une peine « juste et appropriée »	10
1.1 Le problème des « effets de la peine »	12
1.1.1 Les effets délétères de la prison sur les personnes incarcérées : des premiers travaux à la recherche contemporaine	13
1.1.2 L'élargissement du regard : la pénalité dans tous ses effets	19
1.1.3 Les proches des personnes incarcérées : un « nouveau » problème ancien.....	24
1.1.3.1 La lente émergence des proches dans la littérature	25
1.1.3.2 Les proches des personnes incarcérées : synthèse des connaissances	29
1.2 Explorations conceptuelles : les notions de <i>proches</i> et d' <i>effets de la peine</i>	35
1.2.1 La notion de <i>proches</i> des personnes condamnées.....	36
1.2.2 La notion d' <i>effets de la peine</i>	42
1.2.3 Renoncer au mot juste, mais circonscrire l'objet d'étude	49
1.3 Les proches dans le contexte de la détermination de la peine : le point aveugle qui justifie la délimitation de notre objet de recherche	53
1.3.1 Pourquoi s'intéresser à la place des proches au moment de la détermination de la peine ?	53
1.3.2 Les proches dans le contexte de la détermination de la peine : un état des lieux de la littérature	56
1.3.3 Les proches dans le contexte de la détermination de la peine : le point de vue de la loi.....	65
1.3.3.1 Le contexte légal canadien : le point de vue du <i>Code criminel</i>	66
1.3.3.1.1 La détermination de la peine dans le <i>Code criminel</i> : une absence de thématisation des effets des peines sur les proches	66
1.3.3.1.2 Les effets des peines sur les proches : brève incursion dans la jurisprudence canadienne	75
1.3.3.2 Le contexte légal suisse : le point de vue du <i>Code pénal</i>	81
1.3.3.3 Les proches et la détermination de la peine : la loi du silence ?	88

1.4 Les « maux » des proches et leur problématisation dans le contexte de la détermination de la peine : l'émergence des questions de recherche	90

Chapitre 2 – La théorie de la rationalité pénale moderne : présentation du cadre théorique 95

Introduction	95
2.1 La théorie de la rationalité pénale moderne : caractéristiques générales.....	96
2.2 La peine <i>atomiste</i> : le dépouillement social de la personne condamnée.....	107
2.3 L'invisibilisation des proches dans le contexte de la rationalité pénale moderne : vers l'hypothèse directrice.....	113
2.4 Les théories de la peine en tant que « théories pratiques » : leur statut et opérationnalisation en tant qu'outils pour observer les points de vue des juges	120

Chapitre 3 – La méthodologie de recherche 124

Introduction	124
3.1 Considérations méthodologiques générales	124
3.1.1 Les objectifs de la recherche	124
3.1.2 De la pertinence d'une approche qualitative	127
3.1.3 L'entretien semi-dirigé comme méthode de collecte des données.....	130
3.2 La constitution de l'assise empirique de la recherche	133
3.2.1 L'entretien semi-dirigé : justification des critères de sélection.....	134
3.2.2 Le recrutement des participant-e-s	137
3.2.3 Le profil des participant-e-s.....	139
3.2.4 Le déroulement des entretiens.....	143
3.2.4.1 Un contexte hors du commun : un terrain en temps de pandémie	143
3.2.4.2 Les entretiens à proprement parler	145
3.2.5 Réflexion sur les entretiens de recherche avec les juges	147
3.3 La stratégie d'analyse des données	149
3.3.1 Étape 1 – La prise de contact avec les données : immersion et organisation	149
3.3.2 Étape 2 – Construction et application de thèmes, puis de catégories analytiques.....	151
3.3.3 Étape 3 – L'interprétation et la discussion des propositions	155

Chapitre 4 – Les proches des personnes condamnées dans le contexte de la détermination de la peine : représentations, accès à l'information et expériences des juges 157

Introduction à l'analyse : le point de vue des juges sur le thème général de la recherche.....	157
4.1 Qui sont les « proches » des personnes condamnées ? Les représentations des juges.....	162
4.1.1 Le cercle des « proches »	162
4.1.2 Les proches et les victimes	172
4.1.2.1 Les proches <i>associés</i> aux victimes	172

4.1.2.2 Les proches <i>dissociés</i> des victimes	176
4.2 Les informations relatives aux proches	180
4.2.1 Les informations obtenues durant l'instruction du dossier pénal	181
4.2.2 Les informations obtenues dans le cadre de la détermination de la peine	186
4.2.3 La visibilité contingente des proches	193
4.3 Les proches des personnes condamnées : les expériences des juges	198
4.3.1 Les expériences à <i>distance</i>	199
4.3.2 Les expériences <i>en présence</i> : les proches au tribunal	205
4.3.2.1 Les proches <i>spectateurs</i>	205
4.3.2.2 Les proches <i>informateurs</i>	213
4.4 Conclusion – Les proches et la détermination de la peine : de l'invisibilité juridique à la visibilité empirique	229

Chapitre 5 – Les « effets de la peine sur les proches » : les représentations des juges..... 233

Introduction : Les effets de la peine sur les proches : une définition à la peine ?	233
5.1 Les effets de la peine sur les proches : à qui la responsabilité ?	236
5.1.1 Les effets de la peine sur les proches dans les perceptions des acteurs et actrices : la croix du coupable.....	239
5.1.2 Les effets de la peine sur les proches : la responsabilité du système pénal ?.....	243
5.1.3 Effets du « crime », effets de la peine : de la nécessité de séparer deux réalités.....	248
5.2 Les effets de la peine sur les proches : le champ lexical.....	251
5.3 Le <i>moment</i> des effets sur les proches : la détermination de la peine, trop tard pour s'en préoccuper... ou trop tôt ?	257
5.4 Les effets de la peine sur les proches : la <i>substance</i> des effets	268
5.4.1 Les effets de la peine sur les proches : « on sait tout ça »	269
5.4.2 Les effets perçus comme indésirables	277
5.4.3 Les effets perçus comme bénéfiques	282
5.4.4 La perception différentielle des effets de la peine sur les proches	284
5.5 Conclusion – <i>Voir</i> les effets concrets de la peine sur les proches : une « mission impossible » ?	288

Chapitre 6 – Les effets des proches sur la peine : rationalités et stratégies de prise en compte 293

Introduction	293
6.1 Le pouvoir des proches : visibiliser le désastre.....	294
6.1.1 Les proches et les « zones frontières » : le désastre de l'enfermement.....	296
6.1.2 Les proches et l'expulsion : le désastre de la mise au ban.....	309
6.2 Un pouvoir limité : les obstacles cognitifs à la prise en compte des effets de la peine sur les proches.....	320

6.2.1 L'atomisme de la détermination de la peine : manifestations empiriques	321
6.2.1.1 L'effet des proches sur la peine : une rationalité chevillée à l'auteur/trice et à l'acte	323
6.2.1.2 Les proches et la peine : un facteur atténuant, un facteur aggravant.....	330
6.2.2 Les effets de la peine sur les proches : un élément extérieur au système pénal.....	339
6.2.2.1 La perception d'incompétence : les proches face à la fonction du droit criminel	341
6.2.2.2 La notion d'« intérêt de l'enfant » dans le contexte de la détermination de la peine : une réception atomiste et punitive	347
6.2.2.2.1 Préambule à l'analyse : la notion d'« intérêt de l'enfant »	349
6.2.2.2.2 La réception de la notion d'« intérêt de l'enfant » dans le contexte de la détermination de la peine : le point de vue des juges	353
6.2.3 La prise en compte des proches : un « risque » pour le système pénal	363
6.2.3.1 De la difficulté de fixer une peine	363
6.2.3.2 Des risques de considérer les effets de la peine sur les proches	366
6.2.4 La prise en considération des effets de la peine sur les proches : une opération silencieuse.....	374
6.3 D'un pouvoir enfoui à un pouvoir modérateur : reconnecter la peine avec ses effets	380
6.3.1 L'hypothèse de départ face aux résultats de la recherche.....	380
6.3.2 Les effets sur les proches et la modération de la peine : une rencontre manquée ?	383
6.3.3 Les effets sur les proches et la modération de la peine : une rencontre à provoquer.....	389
6.3.4 La « proportionnalité individualisée » : vers une actualisation humaniste du principe de la proportionnalité ?	397
Conclusion générale	405
Bibliographie	419
Liste des annexes	446
Annexe 1 : Guide d'entretien - juges.....	447
Annexe 2 : Guide d'entretien - avocat-e-s de la défense.....	451
Annexe 3 : Lettre d'invitation	455
Annexe 4 : Formulaire de consentement.....	457
Annexe 5 : Certificat d'éthique.....	460

Liste des tableaux

Tableau 3.1	Participant-e-s aux entretiens	141
Tableau 3.2	Arbre thématique	152
Tableau 3.3	Grille analytique	154

Introduction générale

[...] [L]'expérience carcérale élargie révèle l'ampleur de la peine sociale vécue par l'entourage des personnes incarcérées. Les épreuves supportées éclairent la dimension collective de la sanction judiciaire d'incarcération. [...] L'expérience carcérale élargie illustre aussi comment l'institution agit au-delà de ses murs. Si les proches ne sont pas eux-mêmes emprisonnés, ils expérimentent la prison hors de ses murs. [...]. [L]'analyse de l'expérience carcérale élargie incite à considérer le poids de la contrainte judiciaire et sociale exercée sur la famille dans le cadre de toute condamnation et interroge, d'une autre manière, d'un point de vue philosophique, moral et politique, les modalités de punition requises à l'encontre de ceux qui transgressent la loi dans le cadre de notre société démocratique.

CAROLINE TOURAUT,
LA FAMILLE À L'ÉPREUVE DE LA PRISON (2012)

Précarisation, stigmatisation, problèmes de santé physiques et psychiques : de nombreuses difficultés rencontrées par l'entourage des personnes condamnées pénalement ont été mises en lumière par des recherches menées en sciences humaines depuis une vingtaine d'années, à plus forte raison lorsqu'une peine de prison est imposée (voir notamment les travaux de Ricordeau, 2008 et 2012 ; Touraut, 2012 et 2013 ; Lehalle, 2019a et 2019b). Si le système pénal met au centre de la condamnation le principe de la responsabilité individuelle, les sanctions pénales sont susceptibles de présenter une dimension *collective*, dans leurs effets, pour reprendre les mots de Caroline Touraut, cités en épigraphe.

Or, si les difficultés rencontrées par les proches des personnes incarcérées ont été documentées, la manière dont ces personnes sont appréhendées par les politiques pénales relatives aux sanctions, et par les actrices et acteurs judiciaires qui œuvrent *en amont* de l'exécution de la peine, et qui *choisissent la sanction*, demeure très peu explorée. Cette recherche aborde ainsi un thème qu'on peut qualifier d'« émergent » en

lien avec le *sentencing* : considérant la manière dont les sanctions pénales atteignent l'entourage des personnes condamnées, cette recherche se concentrera sur la manière dont ce « coût social » de l'intervention pénale (Landreville, Blankevoort et Pires, 1981) est problématisé et pris en considération dans le contexte de la détermination de la peine.

À l'aube de cette étude, nos recherches préliminaires ont montré que dans ce contexte précis, la thématique des effets de la peine sur l'entourage était extrêmement peu présente dans les matériaux officiels du droit : elle s'est avérée presque absente de la loi, superficiellement traitée dans la doctrine juridique, et abordée de manière non systématisée dans la jurisprudence. Cette recherche s'inscrit donc dans une volonté de *déterr*er un objet qui semble présenter les traits d'un « impensé » au sein du système pénal.

Face à ce constat initial, nous mènerons un travail d'excavation, guidées par la volonté de faire émerger une conscience eu égard à la thématique de la recherche, et de bousculer certains « pris pour acquis » accolés parfois à son évocation – par exemple, l'idée que l'entourage des personnes condamnées ne serait de toute façon pas un « élément pertinent » dans le cadre de la détermination de la peine. En ce sens, on peut dire que cette recherche prend la forme d'une entreprise de « problématisation », au sens où l'a décrit Michel Foucault en parlant du *Groupe d'information sur les prisons*¹ : il s'agit de mettre en branle « un effort pour rendre problématiques et douteuses des évidences, des pratiques, des règles, des institutions et des habitudes qui s'étaient sédimentées depuis des décennies et des décennies » (1994, n° 353, p. 688). Faire *exister* les proches des personnes condamnées dans le radar du prononcé des peines, là se situe l'ambition première de cette thèse. En négatif, nous souhaitons contribuer à rehausser le niveau de « conscience » du système par rapport aux effets *concrets* des sanctions pénales.

Peu importe la direction empruntée par cette « conscience augmentée », il nous est apparu indispensable de poser le problème avec les acteurs et actrices de la détermination de la peine, de le formuler à partir de leur point de vue et de leurs

¹ Michel Foucault co-fonda ce groupe en 1971, afin de « rendre visibles et audibles les prisonniers et leurs discours » (Bagault, 2017, p. 22).

expériences. Cet ancrage est demeuré, tout au long de la recherche, notre fil rouge. Pour ce faire, nous avons mené une enquête de terrain, au Québec et en Suisse romande : vingt-six entretiens de recherche avec des juges et des avocat-e-s de la défense constituent la matière première de cette recherche. D'un point de vue méthodologique, la démarche mobilisée dans cette thèse peut donc être qualifiée de *recherche empirique en droit*.

En mettant sous la loupe ces points de vue et ces expériences relativement aux proches des personnes condamnées, et à leur prise en considération au moment de choisir la peine, nous avons tenté de construire un « patchwork » qui était à ce jour inexistant pour professionnel-le-s du droit qui œuvrent en matière pénale ; de *montrer* un problème apparemment invisible, *prima facie*, pour le droit criminel. Nous nous sommes questionnées notamment sur les aspects suivants : que font les acteurs et actrices du droit lorsque confronté-e-s à des proches des personnes qu'ils/elles condamnent ? Comment ce sujet est-il pensé, représenté par ces acteurs/trices ? En partant à leur rencontre, nous avons mené un travail exploratoire afin de comprendre comment ce « problème » est formulé depuis le banc, comment il est perçu de l'intérieur, et comment les effets des sanctions pénales sur ces personnes sont, le cas échéant, appréhendés en lien avec le choix d'une peine.

Centrée sur la place des proches dans le contexte de la détermination de la peine, cette recherche s'inscrit par ailleurs dans une réflexion plus large : celle des « coûts sociaux » de l'usage de la prison, et plus largement de l'intervention pénale (Landreville, Blankevoort et Pires, 1981). Cette thématique a été étudiée et approfondie par les sciences sociales dès les années 1960. Au Canada en particulier, l'identification de ces « coûts sociaux » a contribué à un vaste mouvement de réforme du droit pénal, prenant notamment sa source dans les critiques issues des sciences sociales relativement à l'usage intense de la prison comme peine (Pires, 2017). Plusieurs commissions de réforme en matière pénale se sont succédées pour souligner les maux intrinsèquement associés à l'enfermement, et pour questionner la pertinence et la légitimité de la peine

d'emprisonnement². Ces mouvements aboutissent, en 1996, à une réforme de la détermination de la peine au Canada³.

Or, à peine quinze ans après, de nombreuses et nombreux expert-e-s constataient déjà l'échec criant de cette réforme et l'utilisation toujours dominante de la prison comme sanction pénale au Canada (voir notamment Jodouin et Sylvestre, 2009 ; Desrosiers, 2017). Face à un tel constat, et comme le souligne justement Pires,

[u]ne des tâches des sciences sociales est [...] de garder visible ce qui a tendance à redevenir invisible ou de rendre de nouveau visible ce qui a déjà été découvert mais que nous avons perdu de vue ; bref, empêcher que soit *recouvert* ce qui a été *découvert* ou découvrir une autre fois ou autrement la même chose. [...] [I]l faut reculer pour redécouvrir ce qui a été couvert ou pour faire la lumière sur les tenants et aboutissants d'un problème actuel d'ordre social ou culturel. (1997a, p. 12, emphase de l'auteur)

Suivant cette invitation à regarder en arrière, cette recherche souhaite contribuer à réactiver la mémoire « endormie » quant à *certains effets indésirables de l'intervention pénale*. En les plaçant en son cœur, elle interrogera la manière dont certains coûts sociaux de la peine, qui sont aujourd'hui largement connus d'un point de vue empirique, sont problématisés par le système pénal, et pensés par les actrices et acteurs en charge de la peine, pour empêcher que soit « *recouvert* ce qui a été *découvert* », pour reprendre les mots de Pires. Derrière ce questionnement réside la volonté d'observer la *réaction* du système aux effets indésirables qu'il produit, une question qui s'avère peu documentée à ce jour. Une réflexion sérieuse sur les répercussions importantes de son intervention, et sur les possibilités, pour le système, de *s'auto-contenir*, apparaît indispensable, à l'heure où plusieurs déplorent l'échec de la réforme canadienne visant à réduire le recours à l'incarcération.

Dans un premier temps, pour mener cette étude, nous systématiserons les connaissances scientifiques que les sciences sociales ont produit sur le thème des effets de l'intervention pénale, cela relativement aux personnes condamnées, mais également

² Voir les rapports du *Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle* (1969), de la *Commission de réforme du droit du Canada* (1976) et de la *Commission canadienne sur la détermination de la peine* (1981).

³ La partie XXIII du *Code criminel* canadien est alors modifiée. Voir notamment Lachambre (2013).

au-delà de celles-ci. Dans un deuxième temps, puisque l'infliction des peines est une responsabilité *du droit*, et s'inscrit dans un contexte juridique où les acteurs et actrices judiciaires ont un pouvoir discrétionnaire dans le cadre du choix de la peine (malgré certaines contraintes légales, par exemple lorsque des peines minimales obligatoires sont prévues pour certaines infractions), nous observerons empiriquement comment le droit, et surtout les acteurs et actrices qui ont la responsabilité de choisir la peine juste et adéquate, se représentent la thématique des effets de la peine sur les proches des personnes condamnées ; nous chercherons également à comprendre les rationalités à l'œuvre dans la prise en compte, ou non, de ces effets.

En observant comment les effets de la peine sur les proches sont problématisés dans le contexte de la détermination de la peine, nous interrogerons le rapport de l'intervention pénale à ses conséquences concrètes, au-delà des missions qu'elle définit comme étant les siennes : est-ce que le droit se fait réflexif par rapport aux conséquences de ses propres interventions sur le plan de la détermination des peines ? Ce questionnement nous a amenées sur un chemin qui s'est avéré plus complexe que ce que nous avions envisagé au départ.

En ce qui concerne les connaissances produites par les sciences sociales, nous avons été confrontées à l'absence de clarté conceptuelle entourant les différentes couches et dimensions du champ de recherche dans lequel notre objet d'étude s'insère, notamment : les contours des notions de *proches* et *d'effets de la peine* ; l'émergence de la réflexion sur les *proches des personnes incarcérées* dans la littérature, et plus particulièrement quant à la relation entre la détermination de la peine et ces personnes. En ce qui concerne les points de vue des acteurs et actrices qui décident de la peine, sont apparus les liens complexes qui se tissent entre l'effet de la peine *sur les proches* et l'effet des proches *sur la peine*.

Nous espérons avoir réussi à produire des nouvelles connaissances sur ces questions dans les deux volets qui structurent nos ambitions de recherche : (i) systématiser les connaissances produites par les sciences sociales et ainsi construire la problématique de façon à ce qu'elle apporte une contribution théorique et conceptuelle au thème

(notamment à l'égard des notions d'« effets » de la peine et de « proches » touchés par la peine) ; (ii) produire des nouvelles connaissances et générer des données empiriques qui permettront de comprendre et d'approfondir, cette fois-ci dans l'univers du droit, les représentations et les rationalités de prise en compte des effets de la peine sur les proches des personnes condamnées lors de la détermination de la peine.

Questions et objectifs de la recherche

La question directrice de la recherche, qui a guidé notre réflexion tout au long de l'étude, est la suivante :

Au moment de la détermination de la peine, comment les juges observent-ils/elles et problématisent-ils/elles les effets de la peine sur les proches des personnes condamnées ?

Nous aborderons cette question directrice en la dépliant en trois questions spécifiques de recherche :

- 1) Comment les juges qui décident de la peine se représentent-ils/elles les *proches des personnes condamnées* ?
- 2) Comment ces acteurs/trices se représentent-ils/elles les *effets de la peine* sur les proches des personnes condamnées ?
- 3) Dans le contexte de la détermination de la peine, à partir de quelles rationalités ces effets sont-ils considérés par les juges ?

Considérant ces questions de recherche, l'objectif général poursuivi par cette recherche est de décrire la manière dont *les effets de la peine sur les proches* sont problématisés par les juges dans le contexte de la détermination de la peine, afin de mieux comprendre la place occupée par cet élément dans le cadre du processus décisionnel.

Plan de la thèse

Outre cette introduction, la thèse est composée de six chapitres et d'une conclusion générale. Dans le premier chapitre, nous présenterons la problématique générale de la recherche. Pour construire celle-ci, nous avons réalisé plusieurs revues de littérature : d'abord, nous décrivons le « problème » des coûts sociaux du système pénal (1.1), puis nous nous attarderons aux notions centrales de la recherche et à leur traitement dans la littérature, en l'occurrence les notions de *proches* et d'*effets de la peine* (1.2). Nous resserrerons ensuite l'attention sur la détermination de la peine, pour observer la manière dont les effets de la peine sur les proches y sont appréhendés, à partir de la littérature existante, et également à partir du point de vue des contextes légaux canadiens et suisses en matière de détermination de la peine (1.3). Les contributions théoriques et conceptuelles que nous avons été en mesure de produire au terme de ces revues de littérature seront exposées. Elles nous amèneront à circonscrire l'objet de cette étude, et à formuler la question directrice de la recherche (1.4).

Le deuxième chapitre sera consacré aux outils théoriques et conceptuels que nous avons mobilisés pour formuler l'hypothèse de la recherche et guider l'observation empirique. Nous décrivons en premier lieu la théorie de la rationalité pénale moderne, élaborée initialement par Alvaro Pires (voir Garcia, 2013), qui offre un cadre de choix pour observer la manière dont le système pénal se pense et se « pense pensé »⁴ (2.1). Nous nous attarderons ensuite sur le concept d'*atomisme* (Pires, 2001b), qui, dans cette théorie, est employé pour décrire le rapport entretenu par les théories classiques de la peine à l'égard des liens sociaux des personnes condamnées (2.2). Ces différents développements nous amèneront ensuite à formuler l'hypothèse directrice de la recherche (2.3), puis à préciser le statut que nous accorderons aux théories de la peine dans le cadre de cette étude (2.4).

⁴ Cette expression est utilisée par Garcia pour exprimer le fait que le système « ne voit pas qu'il a le pouvoir de renouveler ses idées et de faire évoluer ses valeurs vers des formes moins guerrières et plus sensibles à une conception des droits de la personne qui soit garantiste *aussi* dans le domaine des peines » (2010, p. 359, emphase de l'autrice). Elle s'appuie sur un texte de Gauchet (1979), paraphrasé par Diebolt (2000).

Le troisième chapitre présentera la méthodologie utilisée et les étapes de la mise en œuvre de la recherche ; nous décrirons les raisons justifiant la mobilisation d'une approche empirique (3.1) et nous détaillerons la stratégie de recherche retenue pour constituer l'assise empirique de la recherche, soit la réalisation d'entretiens semi-dirigés avec des actrices et acteurs judiciaires (3.2). Nous présenterons enfin la stratégie d'analyse des données récoltées (3.3).

Dans les chapitres 4, 5 et 6, nous rendrons compte de l'analyse des données issues des entretiens de recherche. Plus précisément, le quatrième chapitre s'intéressera à la notion de « proches des personnes condamnées », et vise à répondre à la première question de recherche : décrire les représentations que les juges se font des proches des personnes condamnées. Nous nous pencherons en particulier sur le sens attribué à la notion de « proches » (4.1), sur les informations dont les acteurs/trices disent disposer quant aux proches des personnes condamnées (4.2) et sur les *expériences concrètes* décrites par les juges en lien avec ces personnes (4.3) ; nous conclurons en résumant ces représentations et leurs implications pour la visibilité des proches lors de la détermination de la peine (4.4).

Le cinquième chapitre sera consacré à la notion d'« effets de la peine sur les proches ». À partir des données récoltées, nous y présenterons les représentations des acteurs et actrices sur cette notion. Le matériel empirique nous a amenées à observer plus spécifiquement quatre éléments : les perceptions des acteurs et actrices quant à la *source* des difficultés rencontrées par les proches (5.1) ; le champ lexical employé par les acteurs et actrices pour évoquer ces effets, et son influence sur leur *visibilité* (5.2) ; les points de vue des acteurs et actrices quant aux *moments* où les proches sont susceptibles d'éprouver des difficultés en lien avec l'intervention pénale et la place occupée par la détermination de la peine à ce titre (5.3) ; les représentations des actrices et acteurs quant à la *substance* des effets vécus par les proches (5.4). Ces observations nous amèneront à conclure que les acteurs et les actrices, à propos des effets de la peine sur les proches, *savent, et ne savent pas à la fois* (5.5).

Enfin, après avoir montré comment les acteurs et actrices se représentent les notions centrales de la recherche, le sixième chapitre abordera plus concrètement la détermination de la peine : dans ce contexte spécifique, nous présenterons les *rationalités* à l'œuvre, dans la prise en compte – ou non – des effets de la peine sur les proches. Nous décrirons les situations qui facilitent la visibilité des effets de la peine sur les proches et qui *favorisent* leur prise en considération par les acteurs/trices (6.1) ; nous suggérerons, à l'aune des données, que cet élément fait partie du « matériel décisionnel » du choix de la peine. Nous observerons ensuite les obstacles cognitifs qui limitent, voire entravent cette prise en considération, qui se sont avérés nombreux (6.2). Nous suggérerons enfin que la prise en compte des effets de la peine sur les proches peut représenter un levier fort pour favoriser l'actualisation du principe de la modération des peines, et pour penser l'intervention pénale d'une manière sensible à ses conséquences concrètes (6.3).

Pour terminer, la conclusion générale de cette thèse résumera les idées centrales dégagées par la recherche et synthétisera l'ensemble des résultats obtenus. Nous les ferons dialoguer avec le problème qui se présente en trame de fond de cette réflexion – les difficultés éprouvées par le système pénal à prendre au sérieux les coûts sociaux liés à son fonctionnement (voir Landreville, Blankevoort et Pires, 1981), et nous proposerons des pistes de réflexion que cette étude aura permis de dégager.

Chapitre 1 – La problématique de recherche

Introduction : une peine « juste et appropriée »

Legal interpretive acts signal and occasion the imposition of violence upon others: A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life.

ROBERT COVER (1986)

Nous sommes en 2024. Alyssa vit au Canada. Elle a vingt-six ans et deux filles âgées de trois et sept ans. La plus jeune souffre d'une grave déficience auditive, qui l'empêche également de parler. Sa mère a appris le langage des signes et l'aide à vivre au mieux avec son handicap.

Quand elle était enfant, Alyssa a subi des abus verbaux et physiques graves dans son milieu familial ; ces abus lui ont valu d'être placée par les services de protection de la jeunesse à l'âge de huit ans. Elle est passée de foyer en foyer, pendant plusieurs années. Son parcours a été pétri d'instabilité et de luttes. Elle n'a pas pu aller à l'école très longtemps. Mais avec ses filles, elle essaie d'être là. Elle s'en occupe seule et représente l'unique source de revenus, de soins, et d'affection pour ses deux enfants.

Quand Alyssa avait vingt et un ans, elle s'est laissée embarquer dans une sale histoire... C'était la première fois. Et la dernière. Quelqu'un lui a promis une somme de dix mille dollars en échange d'un transport de drogue. Elle n'en avait jamais consommé, mais elle était criblée de dettes. Alors elle a accepté. Partie une semaine dans les Antilles pour ramener ensuite des stupéfiants au Canada conformément aux instructions reçues, elle n'a jamais vu l'argent promis au retour. Le crime ne paie pas, comme on dit. À la place, elle s'est fait arrêter, à l'automne 2018, par les douaniers de l'Agence des services frontaliers du Canada, avec sa première fille alors âgée de deux ans. Ceux qui lui ont

demandé ce transport et promis une rémunération ne seront, quant à eux, jamais identifiés.

Alyssa regrette énormément son geste, qui ne lui a causé que des ennuis. Aujourd'hui, elle se présente devant la Cour du Québec pour recevoir sa peine après avoir plaidé coupable aux infractions qui lui ont été reprochées : elle a reconnu avoir transporté 2,35 kilos de cocaïne vers le Canada.

Le procureur de la Couronne réclame une peine de six à huit ans d'emprisonnement ; l'avocat d'Alyssa demande une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour pour sa cliente. Une telle peine lui permettrait de rester auprès de ses filles, et en particulier de continuer à accompagner sa plus jeune fille, en situation de handicap. Cela permettrait aussi aux deux enfants de ne pas être séparées l'une de l'autre. Enfin, cela éviterait d'enclencher un processus qui les conduirait à vivre, comme Alyssa y fut contrainte, sans aucun de leurs parents. Le rapport présentenciel dont dispose le tribunal est favorable à une peine dans la collectivité, considérant qu'Alyssa ne représente aucun danger pour le public, et pas de risque de récidive.

La loi applicable pour déterminer la peine d'Alyssa dit notamment les choses suivantes : d'une part, avant d'envisager la prison, le tribunal a l'obligation d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes, lorsque les circonstances le justifient. D'autre part, le tribunal doit examiner toutes les sanctions substitutives à la prison qui sont raisonnables dans les circonstances, et qui tiennent compte du tort causé aux victimes ou à la collectivité, le cas échéant.

Quelle peine serait « juste et appropriée »⁵ pour Alyssa dans les circonstances ? Le tribunal va-t-il intégrer dans son raisonnement les effets négatifs qu'une peine d'emprisonnement aurait sur ses enfants ? Si oui, comment ? Si non, pourquoi ? Dans le contexte de la détermination de la peine, comment les acteurs et actrices judiciaires considèrent-ils/elles les effets qu'une peine est susceptible d'exercer sur les proches de

⁵ Cette expression reflète les termes usuellement employés dans la jurisprudence canadienne en matière de peine. Voir notamment *R. c. M. (C.A.)* (1996) ; *R. c. Ipeelee* (2012) ; *R. c. Lacasse* (2015).

la personne condamnée ? Nous voilà au cœur du questionnement abordé dans cette recherche. Quant à la peine infligée à Alyssa, nous aurons l'occasion d'y revenir.

* * *

Ce premier chapitre a deux ambitions : présenter la problématique générale de la recherche, et exposer les contributions théoriques et conceptuelles que nous avons été en mesure de produire au terme des différentes revues de littérature réalisées pour systématiser les connaissances produites par les sciences sociales. Ce travail nous a permis de bien circonscrire notre objet de recherche.

Ainsi, dans un premier temps, nous recenserons les écrits ayant documenté les « effets de la peine », et la manière dont les sanctions pénales, et plus particulièrement la prison, affectent les individus et plus largement la société (1.1). Dans un deuxième temps, afin de raffiner notre objet d'étude et de le circonscrire, nous explorerons, sur le plan conceptuel, la manière dont les notions de « proches » et d'« effets de la peine » ont été décrites dans la littérature (1.2). Dans un troisième temps, nous décrirons la manière dont les proches des personnes condamnées sont appréhendés dans le contexte spécifique de la détermination de la peine, à partir de deux points d'observation : les connaissances issues de la littérature, et le point de vue de la loi (1.3). Enfin, la synthèse de ces observations nous amènera à formuler les questions qui guideront la recherche, avec lesquelles nous conclurons ce chapitre (1.4).

1.1 Le problème des « effets de la peine »⁶

Si traditionnellement la doctrine pénale a insisté sur le fait que « le criminel est responsable pour son crime », nous devons reconnaître que le droit est responsable pour la peine, ce qui pourrait inviter à une prise en compte de ses effets. L'infliction d'une peine, comme nous le verrons, implique des conséquences importantes qui vont bien au-delà

⁶ La notion d'« effets de la peine » fera l'objet d'explorations conceptuelles et sémantiques dans la section 1.2.2.

de l'effet dramatique qu'elle a sur la personne condamnée, plus particulièrement quand il s'agit d'une peine d'emprisonnement.

Cette recherche s'intéresse aux effets des sanctions pénales sur les proches des personnes condamnées, et spécifiquement à la manière dont le système pénal problématise ceux-ci dans le cadre de son activité. Pour contextualiser cet objet d'étude, il nous faut d'abord présenter les travaux relatifs aux effets de l'intervention pénale sur les personnes judiciairisées, et leur émergence dans la littérature. Ces travaux sont essentiels à notre propos : les implications humaines et sociales de l'intervention pénale, et plus particulièrement de l'usage de la prison, n'ont cessé d'être au cœur des reproches adressés au fonctionnement du système pénal depuis des décennies.

Historiquement, ce sont les conséquences délétères que l'enfermement exerce sur les personnes recluses qui ont été les premières à être abordées dans la littérature. Nous entamerons la réflexion en nous penchant sur ces travaux pionniers (1.1.1). L'idée voulant que l'emprisonnement puisse atteindre d'autres personnes que celles privées de liberté dans leur *corps* a émergé plus tardivement, lorsque des recherches ont mis en évidence certains problèmes sociaux d'envergure causés par l'intervention pénale en général, et non seulement par l'usage de la prison. Nous en dresserons un bref portrait (1.1.2), puis nous décrirons spécifiquement les travaux relatifs aux proches des personnes condamnées (1.1.3), qui n'ont suscité l'attention que plus récemment.

1.1.1 Les effets délétères de la prison sur les personnes incarcérées : des premiers travaux à la recherche contemporaine

Worse than the importance given to crime and individual blame is the legitimacy given to pain. Pain, intended to be pain, is elevated to being the legitimate answer to crime.

NILS CHRISTIE (1981)

Les effets indésirables de la prison ont d'abord fait surface dans la littérature à travers des recherches centrées sur l'individu détenu et sur la vie en milieu carcéral. C'est

Gresham M. Sykes qui fera œuvre pionnière en la matière, en mettant au jour les souffrances de l'emprisonnement dans son ouvrage devenu un incontournable de la sociologie carcérale (Kaminski et Mary, 2019), *The Society of Captives*, paru en 1958 et basé sur l'étude d'une prison de sécurité maximale située dans le New Jersey aux États-Unis. Reconnaisant que l'expérience de l'incarcération soit subjective, ses observations convergent néanmoins vers un constat général : « la vie dans la prison de sécurité maximale emporte des privations ou des frustrations extrêmes » (Sykes, 1958/2019, p. 172). Alors qu'à cette époque la prison n'a plus pour vocation première de faire souffrir d'un point de vue corporel (Crewe, 2011) et qu'elle se présente comme méthode de remplacement des supplices (Foucault, 1975), cette mutation représente plutôt « le passage d'un art de punir à un autre » (Rostaing, 2020, p. 33 ; voir également Foucault, 1975). Ainsi, Sykes observe que les souffrances psychiques vécues en prison sont susceptibles d'être tout aussi dommageables que les mauvais traitements physiques (voir aussi Crewe, 2011) :

[...] les souffrances modernes de l'emprisonnement sont souvent définies par la société comme une alternative humaine à la brutalité physique et à l'abandon qui, par le passé, caractérisaient [...] l'emprisonnement. [...] [L]es privations ou frustrations produites par la prison moderne peuvent en effet être présentées comme les conséquences acceptables ou inévitables de l'emprisonnement, mais il nous faut reconnaître qu'elles peuvent être tout simplement aussi douloureuses que les mauvais traitements physiques auxquelles elles ont succédé. (Sykes, 1958/2019, p. 172)

Même si ces travaux datent quelque peu, Beyens relève que les différentes catégories de souffrance décrites par Sykes, comme la perte de liberté, la privation de biens et de services, ou encore la frustration du désir sexuel, gardent aujourd'hui toute leur pertinence et « rend[ent] visibles les douleurs actuelles et généralisables de l'emprisonnement » (2019, p. 196). Peu après Sykes, Goffman (1961/1968) décrira les dégradations et humiliations inhérentes à la vie en confinement institutionnel, dans ses travaux menés dans les asiles psychiatriques et décrira ceux-ci comme des « institutions totales ». Il sera suivi par Cohen et Taylor (1972), qui lui emprunteront ce concept pour parler des établissements pénitentiaires. Ils y observent alors les souffrances mentales liées à l'emprisonnement de longue durée. Plus récemment, Chantraine a décrit les difficultés produites par la mise à l'écart intrinsèque à l'incarcération, cette « absence de

l'extérieur » : « [elle] prend schématiquement les trois formes de l'*obsession*, de la *souffrance* et de l'*impuissance* » (2004, p. 236). Quant aux souffrances corporelles, elles persistent à demeurer importantes dans les effets de la privation de liberté⁷.

Depuis quelques décennies déjà, certains notent un effritement de l'univers total décrit par Goffman : l'apparition des droits des personnes détenues (Lehalle, 2007), l'entrée de la société à l'intérieur des institutions pénitentiaires et plus généralement l'« humanisation » de la prison (Mary, Bartholeyns et Béghin, 2006) ont contribué à y modifier les rapports de pouvoir (voir Chantraine, 2006 ; Kaminski, 2010). La prison devient alors un espace géographique poreux (Kaminski, 2002), où cohabitent des logiques diverses, disciplinaires mais également éducatives ou encore thérapeutiques (Salas, 1995). La persistance du caractère extrêmement coercitif de la prison demeure néanmoins, et « tous ces progrès bien réels et fondamentaux se heurtent à des limites » (Vacheret et Lemire, 2007, p. 104).

Bien qu'on puisse observer un « affaiblissement de la clôture », pour reprendre les termes de Seyler (1985), les multiples privations et effets délétères de la prison sur les personnes qui y sont recluses demeurent importants, malgré leurs nouveaux visages ; certains estiment d'ailleurs que le concept d'« institution totale » reste actuel et pertinent pour l'analyse (Mary, Bartholeyns et Béghin, 2006). À cet égard, les propos de Crewe sur l'*adoucissement* du pouvoir pénal sont particulièrement éloquents, et font écho aux remarques de Vacheret et Lemire :

This softening of penal power does not mean that abuses have been eliminated, or that the pains identified in earlier times have disappeared. Prisoners continue to cite such things as the deprivation of liberty, the misuse of staff authority, the threatening company of other prisoners, being cut off from family and friends [...], “unremitting loneliness” [...], the crushing of emotional existence [...] and “institutional thoughtlessness” [...] as among their primary sorrows. [...] [T]he prison’s coercive potential is always coiled in the background, but it is now

⁷ À titre d'exemple, des recherches ont constaté un vieillissement accéléré chez les personnes enfermées – leur état de santé général étant comparable à celui d'une personne de dix à quinze ans plus âgée que leur âge dans la population générale (Loeb, Steffensmeier et Lawrence, 2008) –, et une prévalence accrue de nombreux problèmes de santé chez ces personnes (Binswanger, Krueger et Steiner, 2009).

difficulty to predict when it might be activated. (2011, p. 512 et 513, références omises⁸)

Ainsi, les évaluations psychologiques et les outils actuariels de prédiction des risques (Harcourt, 2008), le caractère discrétionnaire du pouvoir des surveillants (Benguigui, Chauvenet et Orlic, 1994) ou encore la surveillance ininterrompue (Chantraine, Scheer et Depuiset, 2018) sont décrits comme constituant des sources de souffrance pour les détenu-e-s contemporain-e-s ; « while the pains of confinement can be reduced, pain is intrinsic to imprisonment, and it is much easier to alter its form than to eliminate it from the prison experience » (Crewe, 2011, p. 524).

Ce caractère intrinsèque des effets délétères de l'incarcération sur la vie des individus qui la subissent constitue le postulat sur lequel reposent nombre de recherches relatives aux effets de la prison (Brassard et Martel, 2009). La souffrance consubstantielle à l'intervention pénale fera notamment dire à Christie, dans son ouvrage *Limits to pain*, que « imposing punishment within the institution of law means the inflicting of pain, intended as pain » (1981, préface). Comme le rappelait encore récemment Rostaing, « [p]rison et souffrance forment un couple inévitable » (2020, p. 33).

Les recherches relatives aux souffrances de l'enfermement ont porté sur différents moments de la privation de liberté, comme la détention avant jugement ou l'exécution d'une peine de prison. D'autres ont également observé que la peine de prison, lorsqu'elle est infligée pour une longue période, génère des effets qui s'étendent bien au-delà de la durée légale et purgée de la peine (voir Marchetti, 2001)⁹. L'effritement du tissu social qui prend racine durant l'incarcération (Sykes, 1958) va ainsi se prolonger après la libération, ce qui pousse Mauer et Chesney-Lind (2002), dans le contexte de l'incarcération de masse qui sévit aux États-Unis, à qualifier la prison d'outil « socially corrosive ». Les courtes peines de prison, parfois de quelques jours, ont également été mises sous le feu de la critique pour les lourdes conséquences qu'elles peuvent impliquer sur le long terme,

⁸ Cette mention vaut pour l'intégralité de la thèse : sauf mention à l'effet contraire, les références contenues dans les citations ont été omises.

⁹ Les longues peines « affecte[nt] gravement et durablement la personnalité, les comportements et les relations sociales des prisonniers [une fois] libérés » (Noali, 2016, par. 8).

malgré leur durée restreinte, comme la perte d'emploi (voir Baldwin et Epstein, 2017). Certains outils juridiques ont également fait l'objet de critiques considérant les conséquences dommageables associées à leur usage, comme les peines minimales d'emprisonnement (Paciocco, 2015) ; il en est de même pour certaines sanctions non carcérales, comme le bracelet électronique ou la peine de travail (voir respectivement Devresse, 2012 ; Cauchie, 2008).

La littérature a également mis en évidence des effets prolongés de l'incarcération sur les personnes sortant de prison, qui sont susceptibles de présenter des vulnérabilités sociales et psychiques particulières (de Beaurepaire, 2012), pouvant infléchir la réinsertion sociale. À ce titre, des difficultés ont été documentées en lien avec l'accès à l'emploi (Apel et Ramakers, 2019) et au logement (Kirk, 2019), avec la santé (Fahmy et Wallace, 2018) ou encore avec la possibilité de vivre dans un lieu donné : que ce soit lié à la libération conditionnelle, en vertu de laquelle la personne peut se voir imposer des conditions de périmètre (Sylvestre, Blomley et Bellot, 2020), ou en raison du fichage criminel (Beausoleil-Allard, 2014). Ces « accessoires » des peines peuvent réduire drastiquement la liberté des individus – notamment de mouvement – bien au-delà de la période durant laquelle la peine de prison est effectivement purgée.

Enfin, notons que les recherches relatives aux effets de la peine ont longtemps été dominées par le point de vue du détenu masculin. Plus récemment, certaines dimensions spécifiques de ces effets ont été mises en évidence notamment eu égard aux femmes incarcérées (voir par exemple Hamelin, 1989 ; Bertrand, 1999), en particulier les mères (Baldwin, 2020 ; Blanchard, 2002). Les effets particuliers de l'incarcération pour certains groupes spécifiques, qui se trouvent dans des situations de vulnérabilité face au système pénal, ont aussi commencé à susciter l'attention des chercheuses et chercheurs, comme ceux touchant les personnes LGBTIQ+ (voir par exemple Blanc, 2018), les personnes transsexuelles (voir par exemple Sumner et Lexton, 2016) ainsi que les personnes âgées (voir par exemple Iftene, 2019 ; Touraut, 2019a)

Ces recherches viennent s'ajouter aux travaux ayant mis en évidence le caractère différentiel des effets de la peine (Brassard et Martel, 2009) ; à ce titre la classe sociale

(Landreville, Blankevoort et Pires, 1981), le genre (Frigon et Kérisit, 2000), l'origine ethnique (voir Brion, 2003, qui traite de *la différenciation raciale du traitement pénal* mise en évidence par Garfinkel en 1949, dans son étude sur les homicides jugés en Caroline du Nord) et le statut de « personne migrante » (Melossi, 2015) ou de personne itinérante (Bellot, Sylvestre et St-Jacques, 2013) sont tout autant d'éléments qui influent sur l'expérience de l'incarcération – mais aussi de la pénalité – et sur l'ampleur de ses répercussions. Brassard et Martel (2009) relèvent que ces dernières sont plus importantes pour les personnes issues des populations les plus exclues de la société.

Pour conclure, bien qu'il ne soit pas possible de fournir un portrait exhaustif des travaux menés sur ce thème, les effets délétères de la privation de liberté *sur la personne enfermée* ont été largement documentés dans la littérature scientifique depuis plus de soixante ans. Ces constats invitent à se questionner sur le besoin d'« auto-contention » du système pénal quand il s'agit de prononcer des peines d'emprisonnement : l'intervention pénale fait-elle preuve de réflexivité critique quant aux conséquences concrètes de son activité ?

Au-delà des personnes enfermées, les conséquences indésirables des modes d'intervention pénale sur celles et ceux qui en font l'objet – tout comme sur des tiers – ont été documentées par la littérature ; nous en ferons état dans la prochaine section.

1.1.2 L'élargissement du regard : la pénalité dans tous ses effets

Loin de résoudre les problèmes sociaux, le droit pénal en est lui-même devenu un, auquel il est urgent de trouver une solution.

PHILIPPE MARY (2013)

La grammaire des souffrances carcérales est multiforme.

CORINE ROSTAING (2020)

Depuis les années 1960, de nombreux travaux empiriques ont mis en évidence les dommages causés par le *fonctionnement du système pénal*, au-delà de la peine de prison et des effets négatifs qu'elle exerce directement sur la personne recluse. Comme le dit Pires, ce système vit à l'époque une « crise de légitimité » et sa raison d'être est mise en cause : « on le perçoit [alors] comme créant des coûts sociaux importants et comme reproduisant et exacerbant toute sorte d'inégalité sociale » (1991, p. 49). En sus des effets qui se situent sur un plan individuel ou microsociologique, on voit émerger dans la littérature des conséquences à plus large échelle, qui se déploient sur un plan méso et macrosociologique, et les sciences sociales vont ici servir de levier à l'autoréflexion du droit. En effet,

[d]ans les deux [décennies] de 1960 et de 1970, les sciences sociales vont commencer à faire une critique intense de l'usage que nous faisons de l'emprisonnement punitif (par opposition à l'emprisonnement sécuritaire ou autre) en Occident. En Europe et en Amérique du Nord, le savoir juridique se trouve aussi dans une période d'autoréflexion critique par rapport au droit criminel. (Pires, 2017, p. 3)

À partir de cette époque, donc, une réflexion d'envergure est entamée au Canada en matière pénale (voir Doob, 2012) et plusieurs commissions de réforme du droit vont souligner les effets néfastes que l'imposition d'une peine peut impliquer pour les personnes poursuivies pénalement, mais également pour leur entourage. En 1969, le Rapport du *Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle* (Commission

Ouimet) évoque certains de ces effets, cela dans une visée réductionniste des normes de comportement :

Des hommes et des femmes peuvent voir leur vie, publique et privée, détruite ; des familles peuvent se disloquer ; l'État peut avoir à supporter des frais considérables : il faut tenir compte de toutes ces conséquences au moment de déterminer si un mode de comportement nuit tellement aux valeurs sociales qu'il faille l'inclure dans la liste des crimes. (Rapport Ouimet, 1969, p. 13)

En sus des normes de comportement, la Commission Ouimet a placé les coûts sociaux de l'intervention pénale au cœur de sa réflexion relative aux normes de sanctions pénales, en « invit[ant] le législateur à tenir compte des souffrances et des coûts sociaux rattachés à l'application des lois pénales » (Dubé et Cauchie, 2007, p. 479-480). Ainsi, dans le cadre des travaux de la Commission,

[o]n ne se soucie plus exclusivement de la cohérence systémique interne, on se soucie également des conséquences du procès, de la condamnation et de la peine sur la trajectoire de vie du délinquant, sur sa famille, sur le lien social et la société en général. (Dubé, 2008, p. 3)

Instaurée par le gouvernement fédéral en 1971, la *Commission de réforme du droit du Canada* (CRDC) poursuit en quelque sorte les travaux de la Commission Ouimet, et décrit l'inhumanité de la machine pénale :

En théorie, le droit vise à promouvoir l'idéal d'humanité. En pratique, il est souvent lui-même d'une grande inhumanité. [...] [L]e Canada est l'un des pays occidentaux qui se montre le plus sévère dans le recours à l'emprisonnement. Plusieurs peines sont beaucoup trop longues, la moitié de ceux qu'on condamne à l'emprisonnement ne devraient pas l'être, et les prisons sont tellement encombrées que les détenus ayant réellement besoin de soins en sont privés. Le système ressemble à une vaste machine qui happe les individus à une extrémité, qui les rejette à l'autre extrémité et qui répète inlassablement le processus. C'est un mécanisme à mouvement perpétuel, sûrement pas un procédé humain. (CRDC, 1976, p. 12)

Une décennie plus tard, les travaux de la *Commission canadienne sur la détermination de la peine* (CCDP, 1987) soulignent les bienfaits des peines en milieu ouvert eu égard notamment à la préservation de la structure familiale. Comme le remarque Garcia, à cette

époque, « [...] le mouvement d'auto-réflexion en matière de justice pénale remet en cause nos façons de concevoir l'intervention pénale et le droit de punir » (2010, p. 14).

Les années 1960 à 1980 ont ainsi constitué une période de prise de conscience quant aux conséquences négatives et contre-productives de l'usage de la prison comme peine, réflexion dopée par

[...] des innombrables mouvements de protestations, groupes de pression et de défense des droits [...]. [...] [T]out ceci a contribué à la « normalisation » du sujet dans ce sens qu'on peut être aujourd'hui plus ou moins sceptiques à l'égard du fonctionnement et des fonctions du système pénal. (Landreville, Blankevoort et Pires, 1981, p. 13-14)

De nombreux problèmes sociaux associés à l'usage de la prison et plus largement à l'intervention pénale sont mis en lumière dans des recherches, qui seront mobilisées en tant qu'outils de réflexion. Dubé souligne en effet que les travaux des commissions de réforme ayant vu le jour dans la seconde moitié du XX^e siècle au Canada ont tous convergé pour plaider en faveur de sanctions positives et alternatives à l'emprisonnement, sur la base de constats empiriques « indiquant que les sanctions négatives du droit criminel de la première modernité, loin de protéger le lien social avec toute l'efficacité qu'on aurait pu souhaiter, lui porte au contraire grand préjudice » (2008, p. 131-132).

Les répercussions sociales de l'incarcération sur les familles font alors figure, parmi d'autres, de nouveau levier susceptible d'infléchir le recours trop rapide à cette sanction, mais les travaux sur cette thématique sont alors peu développés. Landreville, Blankevoort et Pires mènent alors une recherche sur les « coûts sociaux liés au fonctionnement du système pénal » et s'interrogent, de manière provocatrice, quant à leur existence :

Le système pénal produit-il des coûts ? Question troublante, puisque la réponse semble à la fois sauter aux yeux et exiger une justification. [...] [J]usqu'à récemment, parler des coûts du système pénal, autres que les coûts monétaires pour son maintien, pouvait prendre l'allure d'une hérésie, voire même d'un sacrilège. C'était alors beaucoup plus la crédibilité de l'émetteur d'un tel jugement que la crédibilité du système qui était mise en cause. (1981, p. 12-13)

À l'époque, donc, le champ est presque vierge. Dans leur étude, Landreville, Blankevoort et Pires appréhendant le système pénal comme comprenant « la loi pénale, la police, les tribunaux et le système correctionnel » (1981, p. 4). Ils vont conceptualiser largement la notion de « coûts sociaux du système pénal », les définissant comme étant

[...] toutes les pertes, désavantages, atteintes, conséquences négatives subis ou portés par une classe, une fraction de classe, un groupe ou un être humain en raison de l'existence ou du fonctionnement du système pénal. (1981, p. 8)

Estimant que ces coûts impliquent des conséquences d'ordre social, psychologique, juridique et économique, ces auteurs élargissent les constats relatifs aux effets de la prison sur les personnes incarcérées en soulignant notamment qu'« [u]ne condamnation pénale ou une incarcération entraîne des coûts sociaux sérieux pour les parents, les enfants et les proches du condamné et compliquent les relations du condamné avec ces personnes » (1981, p. 30), et évoquent ailleurs « l'impact sur [la famille] de l'ensemble de l'expérience pénale y compris la peine » (Pires, Landreville et Blankevoort, 1981, p. 340).

On voit ici que l'entourage des personnes poursuivies pénalement devient peu à peu visible ; ces personnes feront plus tard l'objet de travaux plus approfondis¹⁰. L'étude menée par Landreville, Blankevoort et Pires a également mis en évidence, parmi les conséquences élargies de l'intervention pénale, celles qui touchent les acteurs/trices du système pénal, comme les policiers et les membres du personnel pénitentiaire¹¹, mais également les personnes victimes d'infractions ou leurs proches¹². Enfin, cette étude a considéré l'intervention pénale au sens large, et non seulement l'infliction d'une peine, comme source potentielle de coûts sociaux¹³.

¹⁰ Nous les décrirons dans la section 1.1.3, dans le présent chapitre.

¹¹ Voir aussi Rostaing (2020) pour une recherche récente.

¹² Voir aussi Rossi (2014) pour une recherche récente.

¹³ Depuis, des travaux ont également montré que les décisions judiciaires qui précèdent l'infliction d'une peine à proprement parler, comme le placement en détention provisoire, impliquent déjà des conséquences négatives, que ce soit pour la personne prévenue ou pour ses proches (voir Vacheret et Brassard, 2015). Comme le dit Whittle, « [a]rrest, prosecution, conviction, and punishment all have collateral consequences » (2019, p. 32) ; dans le même sens, voir Manning (2011).

Depuis les recherches menées à partir des années soixante, la mise en lumière des nombreux coûts sociaux de l'intervention pénale a contribué à soutenir l'idée qu'au-delà des effets individuels vécus par les personnes qui en sont l'objet, elle induit des problèmes sociaux à plus large échelle, comme le remarque Mary (2013) dans la citation qui figure en exergue de cette section. Ce champ d'investigation a depuis pris de l'ampleur et interpelle des chercheuses et chercheurs issus de nombreuses disciplines, comme le remarque Comfort :

Recently [...] researchers in law, sociology, public policy, public health, and other disciplines have begun to document the profound transformative effects that penalties ostensibly meted out to individuals have on families, intimates, and neighbors. These studies are mapping out the terrain of punishment beyond the offender, the ways in which legally innocent people are made to alter their behavior, reorient their expectations, suffer changes in their health, and otherwise experience the social and economic repercussions of punitive surveillance, confinement, and control. (2007a, p. 272, nous soulignons)

À titre d'exemple, citons les difficultés sociales rencontrées par les communautés connaissant un taux élevé d'incarcération, qui ont été mises en évidence par Braman (2004a, 2004b) dans le contexte de l'incarcération de masse aux États-Unis. Pour lui, c'est toute la culture et la vie sociale qui s'en trouvent affectées :

By prohibiting so many from engaging in basic moral behavior, [mass incarceration] is cutting away at the basic building blocks of social life itself. As over-incarceration increases the costs of caring relationships, the loss becomes a social and a moral one. When individuals are pressed to withdraw their care and concern from one another, the effect is more than the impoverishment of individuals: In time, it is our culture itself that becomes impoverished. (2004b, p. 48)

C'est à partir de ce contexte d'incarcération massive que le champ de recherche sur les impacts sociétaux de la prison a considérablement émergé (Jardine, 2019) ; l'exacerbation des inégalités structurelles sociales et raciales est alors pointée du doigt (Wildeman et Wakefield, 2014). Certain-e-s ont noté l'affection de la communauté afro-américaine aux États-Unis (Clear, 2002 ; Mauer, 2006) alors que le même constat est posé à l'égard des communautés autochtones au Canada (Roberts et Reid, 2017) ou encore au Mexique (Castillo, 2013). Bellot, Sylvestre et St-Jacques (2013) ont également mis en évidence les problèmes sociaux associés à la judiciarisation des personnes en

situation d'itinérance au Québec. Enfin, Kruttschnitt a montré que l'incarcération des femmes en particulier implique des répercussions d'envergure sur l'ensemble de la société :

The paradox of women's imprisonment [...] lies in the sizable repercussions it has on society given the small number of individuals it affects. There is no question that many of these women have exercised poor judgment, but most are still an important resource for their communities and their families, and all of them will have a significant impact on the risk of criminality in the next generation of youth. (2010, p. 39)

Pour synthétiser, cette revue de littérature montre que les effets de l'intervention pénale ont été documentés tant d'un point de vue microsociologique que méso et macrosociologique. Parmi ces effets, nous concentrerons maintenant l'attention sur ceux qui touchent les proches des personnes poursuivies pénalement, qui se trouvent au cœur de cette recherche.

1.1.3 Les proches des personnes incarcérées : un « nouveau » problème ancien

Même si les travaux relatifs aux effets de l'enfermement ont longtemps été centrés sur les personnes incarcérées, depuis la généralisation de l'usage de la prison comme forme de châtiment, ses pourfendeurs soulèvent le fait que ce dispositif n'atteint pas uniquement la personne privée de liberté. Comme le remarque Foucault, ils lui reprochent à ce titre de sanctionner les familles des personnes condamnées :

[...] beaucoup de cahiers de doléances [...] rejettent [la prison] comme incompatible avec une bonne justice. [...] [A]u nom des effets de la prison qui punit déjà ceux qui ne sont pas encore condamnés, qui communique et généralise le mal qu'elle devrait prévenir et qui va contre le principe de l'individualité des peines en sanctionnant toute une famille ; (1975, p. 141)

Reprocher à la prison de rater sa cible et de « punir des innocents » ne présente rien de nouveau, et constitue même l'une des premières critiques qui lui fut adressée : l'atteinte portée aux familles par la prison, notamment le basculement dans la précarité, est évoquée dès la fin du XVIII^e siècle par ses détracteurs. Au sein de la « critique monotone » (Foucault, 1975, p. 312) adressée à cette institution, l'argument relatif aux conséquences

dommageables qu'elle engendre sur les familles présente ainsi une forme de redondance, et ne semble pas à ce jour être parvenu à infléchir le recours à l'enfermement comme peine : « [m]ot à mot, d'un siècle à l'autre, les mêmes propositions fondamentales se répètent » (Foucault, 1975, p. 315).

En revanche, bien que ces critiques aient été formulées de longue date, il faut souligner qu'à l'époque où elles ont été mobilisées, elles ne se fondaient pas sur des éléments empiriques relatifs aux difficultés rencontrées par les familles des personnes incarcérées. Or, depuis le début du XXI^e siècle, la recherche sur les proches et leurs expériences a connu un essor notable. Toutefois, si « [c]e sujet [...] a récemment gagné en popularité dans les sphères politiques et universitaires un peu partout dans le monde, [il a] été largement ignoré avant les années 2000 » (Knudsen, 2019), et cela « en dépit de la relation établie de longue date entre le support familial et la réintégration des personnes incarcérées » (Lehalle, 2019a, p. 201). Nous ferons maintenant état de la genèse et de l'évolution des travaux sur les proches des personnes incarcérées (**1.1.3.1**), puis nous synthétiserons les connaissances produites par ces travaux (**1.1.3.2**).

1.1.3.1 La lente émergence des proches dans la littérature

C'est à partir de la perception des personnes incarcérées que l'existence des proches a initialement été abordée dans la littérature, et ce sont les souffrances liées à *l'absence de relation avec les proches* qui sont d'abord mises sous la loupe. Ainsi, Sykes remarque que l'incarcération exerce des effets sur les « fondements mêmes de l'existence du prisonnier » (1958/2019, p. 189) ; il met en évidence l'amenuisement des liens sociaux et la souffrance liée à l'exclusion sociale consubstantielle à la prison :

[...] de nombreux détenus ont vu s'affaiblir, les mois et les années passant, leurs liens avec les membres de la communauté libre. [...] Il ne semble pas difficile de considérer cet isolement comme une privation ou une frustration douloureuse faite de relations affectives perdues, de solitude et d'ennui. (1958/2019, p. 174)

Quant aux relations entretenues par les personnes détenues avec leurs proches restés dehors, c'est le développement de l'histoire des femmes qui serait à l'origine des premières recherches menées sur ce thème, qui connaît un essor en France dès les

années 1970 (Cardi et Latte Abdallah, 2014) : les préoccupations des administrations pénitentiaires relatives à la maternité des femmes détenues font l'objet de travaux d'histoire sur les prisons de femmes (voir Cardi et Latte Abdallah, 2014). Ces travaux ont montré l'ambivalence du traitement réservé à la fonction maternelle en prison (Rostaing, 1990) et mis au jour le familialisme¹⁴ des administrations carcérales, qui mobilisent le statut de mère en tant que levier disciplinaire, cela en particulier dans les quartiers « mères-enfants » des institutions pénitentiaires (Cardi, 2014).

Plusieurs études se sont penchées ensuite sur le vécu de la parentalité incarcérée (Bouregba, 2002 ; Le Camus, 2002 ; Douris, 2016 ; Roman, 2016), et ce tant du point de vue du père incarcéré (Lafortune, Barrette et Brunelle, 2005 ; Wolleb, Spycher, Blaser, Felder et Znoj, 2009 ; Dufourcq-Chappaz, 2011 ; Boswell, 2018 ; Quennehen, 2019) que de la mère incarcérée (MacLeod, 1986 ; Rostaing, 1990 ; Blanchard, 2002 ; Cardi, 2014 ; Baldwin, 2020) et des femmes qui sont enceintes durant leur incarcération (Abbott et Lockwood, 2020).

Depuis, des recherches ont déploré le peu de connaissances disponibles sur les proches des personnes détenues, et en particulier sur les enfants et les relations qu'ils entretiennent avec leur parent incarcéré (Johnston, 1995 ; Blanchard, 2002 ; Lafortune, Barrette et Brunelle, 2005 ; Vacheret, 2005 ; Wolleb, Spycher, Blaser, Felder et Znoj, 2009). Certains travaux soulignent la nécessité de sensibiliser les décideuses et décideurs ainsi que l'opinion publique quant effets néfastes de l'incarcération sur les enfants dont un parent est détenu (Murray et Farrington, 2008) et d'autres relèvent combien l'absence de recherche nuit à la prise en compte de ces effets par les politiques pénales (Saussure, 2019a ; Knudsen, 2019).

Il faut attendre le milieu des années 1990 pour que l'entourage des personnes incarcérées suscite plus largement l'attention des chercheuses et chercheurs (Lehalle et Beaulieu, 2019). Parfois qualifiées de « proches des personnes détenues »¹⁵, ces

¹⁴ Entendu ici comme le fait de valoriser excessivement la structure sociale traditionnelle de la famille, au détriment d'autres configurations relationnelles.

¹⁵ Nous reviendrons sur cette appellation dans la section 1.2.1.

personnes ont depuis fait l'objet de travaux sous différents angles : en sociologie de la prison, en criminologie, ou encore en travail social et en psychologie. Ces travaux ont permis d'observer les nombreuses difficultés rencontrées par celles-ci suite à l'irruption de la machine pénale dans leur vie, notamment d'ordre affectif, social, financier et psychologique.

En France, c'est à la suite de l'essor de la sociologie carcérale (Cardi et Latte Abdallah, 2014) que la situation des proches des personnes incarcérées a fait l'objet d'un regain d'intérêt, même si cette problématique demeure encore marginale dans les espaces scientifiques et notamment dans les travaux menés en sciences sociales (Ricordeau, 2008 ; Touraut, 2012 et 2019b). Les travaux de Ricordeau (2008 et 2012), qui s'est penchée notamment sur les solidarités des proches et sur les enjeux entourant les visites au parloir, ont joué un rôle particulièrement important en montrant qu'à cette époque, les proches se trouvaient dans l'angle mort des recherches sur la prison, et également des politiques familiales et pénitentiaires (Cardi et Latte Abdallah, 2014).

Dans la criminologie canadienne, même si le sujet gagne en popularité depuis peu (Hannem, 2019), la situation des proches fut longtemps absente des recherches académiques, à l'exception des travaux menés par Hannem sur le stigmatisme des familles (notamment 2008, 2011) et du travail pionnier de Knudsen (2016), qui apporte une excellente vue d'ensemble de l'expérience vécue par les enfants ayant un parent incarcéré au pays. Constatant ce vide, Lehalle dirige alors en 2019 un numéro spécial de la revue *Criminologie* consacré à la thématique, avec pour objectif de « retracer [le] parcours [des proches] dans les méandres du système pénal et des institutions carcérales et [de] mieux connaître les bagages qu'ils portent en dehors des murs dans les multiples composantes de leur vie familiale et sociale. » (2019b, p. 10)

Ce numéro spécial regroupe des recherches variées, comme des études empiriques menées non seulement au Canada (Knudsen, 2019, sur les enfants ; Laferrière, 2019, sur les sentiments d'ambivalence vécus par les proches des personnes incarcérées ; Lehalle et Beaulieu, 2019, sur les mères des personnes détenues) mais également en Argentine (Ferrecio, 2019), aux États-Unis (Sullivan, 2019) ou encore en France (Ricordeau, 2019a ;

Touraut, 2019b). Amado propose quant à elle une réflexion sur les droits des parents dont l'enfant vit en prison avec l'autre parent détenu (2019). En lien avec notre objet d'étude, Saussure (2019b) y aborde des difficultés liées à la problématisation des effets de la peine sur les proches dans la jurisprudence canadienne relative à la détermination de la peine.

En parallèle, dans le monde anglo-saxon, un groupe de recherche sur la thématique des proches voit le jour, chapeauté par des chercheuses en droit et criminologie de l'Université d'Oxford¹⁶. En 2018 paraît un ouvrage issu de travaux menés par des membres de ce groupe, intitulé *Prisons, Punishment, and the Family. Towards a New Sociology of Punishment ?* (Condry et Scharff-Smith, dir., 2018), qui présente les résultats de recherches menées dans plusieurs pays d'Europe, aux États-Unis et en Australie.

On voit ainsi que ces cinq dernières années, les connaissances relatives à l'expérience vécue par les proches ont été largement alimentées par des travaux empiriques d'envergure ; ces personnes ont, d'une certaine manière, enfin « fait leur place » dans les recherches relatives à l'incarcération et à ses conséquences¹⁷. Parallèlement à cela, cette thématique a également suscité l'attention d'artistes ; plusieurs travaux photographiques ont notamment participé à la mise en lumière des réalités vécues par l'entourage des personnes incarcérées¹⁸. Ainsi, malgré l'« invisibilité sociale » (Lehalle, 2017) dont peuvent souffrir les proches, leur visibilité tend à s'améliorer dans certaines disciplines. Un champ de recherche « nouveau », prolongeant les travaux entamés dans les

¹⁶ Il s'agit du *Global Prisoners' Families Research Group* : <https://www.law.ox.ac.uk/research/global-prisoners-families-research-group>

¹⁷ Notons qu'en Suisse romande, où s'est déroulée une portion de l'étude empirique, les recherches sont peu nombreuses sur cette thématique ; un mémoire de maîtrise a néanmoins traité des préoccupations des proches des personnes détenues et des conséquences de la détention sur eux, décrites à partir des notes prises par des bénévoles œuvrant devant les établissements carcéraux pour la Fondation Relais Enfant Parent Romand – REPR (Sanfilippo et Varone, 2018). Récemment, suite à une critique formulée par le *Comité des droits de l'enfant* à l'encontre de la Suisse (à ce propos voir Saussure, 2019a), l'Office fédéral de la justice (OFJ) a fait réaliser une étude externe sur la situation des enfants dont l'un des parents est détenu en Suisse ; à partir de cette étude (Manzoni et al., 2022), l'OFJ a publié un rapport (Rapport DFJP, 2023). On y apprend notamment qu'en Suisse, il n'existe pas de statistique sur le nombre d'enfants concernés dont l'un des parents est détenu, ni d'étude empirique sur les conséquences de la détention sur les enfants.

¹⁸ Citons notamment ici les séries « Still my mother still my father » et « Vinny » de Isadora Kosofsky, ainsi que la série « In Transit: The Prison Buses » de Jacobia Dahm. Pour une réflexion autour de ces travaux, voir l'ouvrage *Crimelight épreuve* (Kaminski, 2023).

années 1960 relativement aux écueils de la prison, s'est développé autour de ce problème « ancien », qui était demeuré en périphérie de ces réflexions.

1.1.3.2 Les proches des personnes incarcérées : synthèse des connaissances

Tel un phénomène ondulatoire selon lequel un point de collision produit des ondes dont l'intensité s'affaiblit en se diffusant, un événement social vécu par un acteur se répercute sur la vie de ses proches et l'importance des « secousses » est corrélée à l'intensité relationnelle unissant les acteurs.

CAROLINE TOURAUT (2012)

Considérant l'émergence de ce nouveau champ de recherche, quels constats peut-on dresser quant à l'expérience des proches des personnes poursuivies pénalement ? Le volet empirique nous permettra d'observer concrètement si ces connaissances quant à l'expérience des proches sont traitées comme « information pertinente » par les acteurs et actrices judiciaires au moment de déterminer une peine. Pour l'instant, il s'agit de faire une synthèse des connaissances disponibles dans la littérature existante sur les effets des sanctions pénales sur les proches.

À partir de ses recherches menées auprès de proches de personnes incarcérées, Touraut (2012, 2013, 2014a et 2019b) propose une description de la situation sociale particulière vécue par les proches. Elle qualifie celle-ci d'« expérience carcérale élargie » :

L'expérience carcérale élargie traduit l'emprise que les institutions carcérales exercent sur des personnes qui ne sont pourtant pas recluses, comme l'entourage des détenus, et qui vont, de manière singulière, éprouver la prison dont l'action s'étend au-delà de ses murs et de ceux qu'elles enferment. L'expérience carcérale élargie vécue par les proches de détenus est connexe et parallèle à l'expérience carcérale. (2012, p. 1)

Plusieurs constats dressés par les pionniers de la sociologie carcérale relativement à l'expérience des personnes enfermées s'observent également chez leurs proches. Par

exemple, Comfort (2003, 2008) montre que l'effet de « prisonnérification »¹⁹ décrit par Clemmer (1940) se produit également pour les conjointes des hommes détenus. Elle nomme ce phénomène « secondary prisonisation » (2003), observé aussi par Ricordeau (2012) dans le cadre de son étude sur les parloirs. Autre exemple, la survenance du « choc carcéral » chez les proches :

L'annonce de l'incarcération d'un proche est généralement décrite de manière assez similaire à ce qui est désigné, pour les personnes incarcérées, par l'expression « choc carcéral » et qui est assimilable à un état de sidération. [...] [E]lle est un facteur puissant de ruptures sociales et familiales. (Ricordeau, 2019b, p. 126-127)

Lehalle, qui qualifie les proches de « sujets pénaux par association » (2019b, p. 11), remarque un traitement apparenté à celui des personnes incarcérées durant les visites ; elle s'interroge quant à savoir si l'on peut parler d'une expérience de citoyenneté de seconde classe, constatant que « les familles sont escortées, dépouillées d'effets personnels, fouillées, retenues, confinées, enfermées ; elles doivent se soumettre au régime carcéral et au pouvoir de ses employés » (2019b, p. 10). De plus, les proches des personnes judiciairisées peuvent être affectés à chaque étape de la procédure pénale, notamment dans leurs droits (voir Saussure, 2019a), et cela dès l'arrestation :

L'incarcération d'une personne chère est un événement bouleversant qui entraîne une immersion dans un univers que les proches connaissent bien ou découvrent, selon les cas : les institutions du système pénal. Ce parcours débute avec le choc de l'arrestation que les proches apprennent à distance ou vivent en direct à leur domicile. À ce choc initial succède un affrontement difficile avec l'institution carcérale, ses règles, ses pratiques auxquelles ils doivent se plier bien que n'étant pas détenus eux-mêmes. [...] [L]es proches qui entrent en prison pour y visiter un être cher voient leur liberté, leur autonomie, leur dignité et leur intimité compromises en raison des enjeux sécuritaires de l'institution carcérale. (Lehalle, 2019b, p. 10)

Lanskey et al. (2018) montrent que les difficultés rencontrées par les proches se déploient dès les premiers contacts avec la justice pénale – « acute pains » (p. 181) – et constituent un fardeau pour eux sur le long terme – « chronic pains » (p. 181). Les difficultés

¹⁹ Cette notion réfère à l'idée que la personne détenue va changer ses habitudes de vie pour s'adapter à l'environnement carcéral.

rencontrées par les proches des personnes détenues peuvent être regroupées en six catégories²⁰, à l'aune de la littérature relative à cette thématique :

1) les effets économiques et matériels : l'incarcération coûte cher aux proches, qui sont fréquemment confrontés à la perte d'un salaire au sein du ménage, aux frais de justice qui peuvent s'accumuler et aux dépenses requises pour rendre visite à leur proche en détention, voire pour déménager près du lieu de détention, à quoi s'ajoutent les dépenses liées aux besoins des personnes en détention. Tous ces éléments contribuent à précariser ou à accentuer la précarisation financière des proches (Lehalle, 2019a, 2019b ; Touraut, 2013), et cela plus particulièrement pour les femmes²¹ (Ricordeau, 2019b).

2) les changements dans les relations familiales, comme le manque de contact et la fragilisation des liens entretenus avec la personne détenue (Sykes, 1958), ou encore les modifications des modalités de garde des enfants (McLean, 1995). À ce titre, les effets sur les « caregivers » qui prennent le relais d'un parent incarcéré et qui s'occupent alors des enfants durant la détention est également mis en évidence (Turanovic et al., 2012).

3) les problèmes de santé, sur le plan physique et psychique (Lehalle, 2019a) : à cet égard, les proches évoquent notamment des angoisses, des inquiétudes et des troubles du sommeil, l'utilisation abusive de médicaments ou d'autres substances, voire de l'automutilation et des tentatives de suicide. Certaines recherches évoquent aussi des impacts sur le développement des enfants (Hagan et Dinovitzer, 1999) et des difficultés affectives (Murray, Bijleveld, Farrington et Loeber, 2014).

4) les effets sur les enfants, tels que des comportements antisociaux et une augmentation de la propension à adopter des comportements dits « criminels » (Murray,

²⁰ Cette catégorisation est inspirée de celle proposée par Condry et Scharff Smith (2018) ; quoique non exhaustive, elle regroupe néanmoins la majorité des constats dressés par la recherche disponible. Il existe d'autres manières de classer ces effets ; voir par exemple Codd (2008).

²¹ Au Canada, Hannem remarque le fardeau économique qui pèse particulièrement sur les femmes dont le partenaire est incarcéré : « When a woman is sent to prison, this type of financial difficulty is rarely visited upon a male partner, who is most likely not dependent upon his female partner's income. Consequently, the imprisonment of men can be seen to cause disproportionate financial hardship to women who are left to raise children and meet financial obligations on a single income or on social assistance » (2008, p. 122).

Farrington et Sekol, 2012). Des recherches suggèrent que ces enfants seraient également plus susceptibles que leurs pairs d'être incarcérés une fois rendus à l'âge adulte (Hagan et Dinovitzer, 1999 ; Johnston, 1995). Outre cela, d'autres effets de l'emprisonnement parental sur les enfants ont été documentés :

Although it may be unclear as to the degree to which imprisonment is the trigger or cause of the harms or disadvantages which children of imprisoned parents suffer, parental imprisonment has been linked to problems including trauma and loss, social exclusion and increased vulnerability, financial stress, disrupted attachments, internalising behaviours (depression, anger, distress), externalising behaviours (antisocial behaviour, criminal activity, drug and alcohol abuse), disrupted schooling, difficulties with social situations and death before the age of 65 [...]. (Minson, 2020, p. 34)

5) les effets liés au stigmatisme : les familles des personnes détenues évoquent souvent le sentiment de honte vécu en lien avec l'incarcération (Condry, 2007) ainsi que l'isolement et l'exclusion sociale (Travis, 2002 ; Ng, Sarri et Stoffregen, 2013), tout comme la stigmatisation (Hannem, 2011).

6) les effets « civiques » : le sentiment de perte de confiance envers le système de justice pénale est décrit par plusieurs recherches (voir King et Norgard, 1999 ; Lee, Porter et Comfort, 2014), et notamment celle de Jardine :

The prison does not [...] only exacerbate the social marginality experienced by families by draining their already scarce resources. The cumulative effect of repeated and potentially negative interactions with the justice system also has the power to erode feelings of citizenship and belonging and that they are valued by the state. (2019, p. 105)

Malgré ces points de convergence, les recherches ont également fait état de la diversité des expériences relatives à l'incarcération ; celles-ci peuvent aussi être caractérisées par la résilience (Poehlmann et Eddy, 2013) ou par le soulagement lié à la mise à l'écart de la personne incarcérée, par exemple dans les cas de violence domestique (Holt, Buckley et Whelan, 2008). À cet égard, Comfort (2007b) a habilement montré comment des conjointes de détenus, dépourvues d'autre forme de support, mobilisent l'institution carcérale comme ressource de protection face à un conjoint difficile. De plus, Minson et

Condry soulignent que l'effet d'une peine doit toujours être considéré compte tenu du contexte dans lequel elle survient :

The impact of a sentence of imprisonment thus has very real consequences for children, and judges should be aware of this. However, we argue that the impact of the sentence itself needs to be understood within the context of long trajectories of vulnerability, stretching back before imprisonment – indeed, often as far as the imprisoned mother's own childhood – and forward into the future adult lives of her children. (2015, p. 34)

Par exemple, d'un point de vue socio-économique, une recherche américaine a montré que les enfants de parents incarcérés sont, comme leurs parents, majoritairement issus de classes sociales défavorisées et caractérisées par de nombreuses inégalités tant avant l'incarcération qu'après celle-ci (Lee, Porter et Comfort, 2014). Alors que Ricordeau estime que « l'incarcération n'a pas d'effets spécifiques sur les enfants » (2019b, p. 131) et que les ressources familiales, sociales et individuelles dont chacun-e dispose sont déterminantes quant aux effets que va générer l'incarcération, Minson émet l'avis contraire. Pour elle, le « mal » occasionné à un enfant en lien avec l'incarcération parentale est caractérisé, notamment parce qu'il tire son origine dans l'action du système pénal :

[...] all the harms suffered by a child whose parent is being punished through imprisonment have their origin in prison culture and stigmatisation relating to the parent's imprisonment, and consequently, these harms are different to those suffered due to parent and child separation experienced for any other reason, for example, marital break-down or bereavement. [...] I suggest that the harms raise particular concerns and have "corrosive" damaging impacts on children because their origin is in punishment within the criminal justice system [...]. (2020, p. 37)

Encore une fois, il faut le rappeler : le choix de la peine est une responsabilité du système pénal, qui dispose d'outils susceptibles d'être utilisés afin de prendre en considération les effets de la peine sur des proches, cela afin d'en éviter les plus dramatiques²². Est-ce que les connaissances relatives à ces effets et ce type de réflexivité sont présentes au moment de déterminer la peine ? Le volet empirique nous apportera des éléments de

²² Voir la section 1.3.1 où nous évoquerons le pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière de peine et ses limites.

réponse. Pour le moment, ce tour d'horizon, quoique bref, montre que les implications de la peine pour les proches ont été documentées à large échelle. Les recherches évoquées ont permis d'observer la sanction pénale depuis les coulisses, et ont montré comment une peine infligée à un individu, et à plus forte raison une peine de prison, est susceptible d'impliquer des enjeux majeurs pour ses proches, « ces tiers partagés entre le monde du dedans et le monde du dehors. [...] [Ils] éprouvent des difficultés multiples et des souffrances qui envahissent de nombreuses sphères de leur vie intime et sociale » (Lehalle, 2019a, p. 202 et 225).

Si toutes les politiques publiques sont susceptibles d'engendrer des effets non prévus et/ou non désirés, Comfort est d'avis que les effets dit *secondaires* des politiques pénales sont particulièrement néfastes, et particulièrement ignorés, en comparaison des politiques d'autre nature, cela en raison de leur caractère punitif. Elle observe que le système pénal est mal équipé pour prendre en charge ces effets :

Although it is common for social institutions and processes to have a secondary impact on those one step removed from their clientele (for example, a gravely ill person's family is deeply affected by a hospital's routines, policies, and personnel), the criminal justice system stands out for its general disregard of the likelihood of such reverberations occurring and its near total lack of infrastructure for responding to them when they do arise. Furthermore, the criminal justice system is distinct in that it is charged with exacting control and distributing punishment, and hence a spillover effect is inherently more corrosive to bystanders than that of an institutional process concerned with providing a social good, such as medical treatment or education. (2007a, p. 273, nous soulignons)

Comfort soulève ici un problème qui nous apparaît essentiel en lien avec notre recherche : l'absence de prise en considération, l'absence d'infrastructures – et même d'intérêt – au sein du système pénal, à l'égard des effets concrets de ses actions, alors même que ces effets se « réverbèrent » sur des tiers. Nos explorations préliminaires dans la littérature nous ont amenées à voir qu'une partie de ce problème est liée à un manque de clarté par rapport à deux notions-clé au cœur de cette recherche : la notion de « proches » et la notion d'« effets de la peine ». En observant les différentes constructions de ces notions dans la littérature, nous espérons apporter une contribution conceptuelle à la thématique dans la prochaine section.

1.2 Explorations conceptuelles : les notions de *proches* et d'*effets de la peine*

Dans le but de raffiner la description de l'objet de la recherche et en nous appuyant sur la littérature pertinente, nous allons observer comment ont été définies jusqu'ici les deux notions centrales au centre de notre objet de recherche, soit la notion de *proches* (1.2.1), et celle d'*effets de la peine* (1.2.2). Ces notions, issues du langage commun, s'avèrent centrales pour la recherche ; leur définition est indispensable à la présentation et à la description adéquates de notre objet d'étude. Leur pertinence a émergé au fil des recherches exploratoires menées dans la littérature. Elles seront mises en relation dans les questions de recherche, et, dans le cadre de l'étude de terrain, elles seront mobilisées en tant que *stimulateurs de parole*. En d'autres mots, pour ce qui est de la démarche empirique (réalisation des entretiens de recherche), leur sémantique relève d'une démarche essentiellement inductive : en allant à la rencontre des acteurs et actrices sur le terrain, nous ne leur avons pas fourni de définition préétablie de ces notions. Leur mobilisation s'est essentiellement faite avec une visée *pratique*, et non à des fins heuristiques, en l'occurrence pour nommer le phénomène que les acteurs et actrices ont été appelé-e-s à observer et à construire eux/elles-mêmes²³. Nous exposerons maintenant les dimensions attachées à ces notions-clés dans la littérature ; ce travail descriptif et conceptuel sera ensuite mobilisé durant l'analyse des données empiriques pour mettre en perspective les représentations observées.

²³ Nous verrons dans le chapitre méthodologique (3) que pour le volet empirique, nous avons adopté une posture d'*observatrice de deuxième ordre*, c'est-à-dire que nous avons observé *la manière dont les acteurs et actrices observent*, ou se représentent, les *proches* des personnes condamnées, et les effets de la peine sur ces personnes.

1.2.1 La notion de *proches* des personnes condamnées

Mon cœur est devant les prisons et dans les parloirs avec elles toutes. Celles qui attendent, celles qui sont fatiguées, celles qui sourient encore, celles qui sourient toujours, celles qui écrivent tous les jours, celles qui ont des frissons en pensant à leur premier parloir, celles qui râlent mais sont encore là, celles qui apportent le linge et envoient les mandats, celles qui ne reviendront peut-être plus, celles qui y croient encore et celles qui ne veulent plus attendre.

GWENOLA RICORDEAU (2019)

Qui sont donc ces « proches », dont nous parlons depuis le début de ce travail ? La question peut paraître triviale de prime abord ; à considérer l'ampleur de la littérature eu égard à la thématique des liens qui constituent notre tissu social rapproché, rien n'est pourtant si sûr. Nous ne la synthétiserons pas ici, celle-ci n'était pas au cœur de notre objet, mais nous présenterons à titre préliminaire quelques considérations sur la qualification et la nature des relations que nous entretenons avec nos *proches*, puis nous aborderons spécifiquement la notion de *proches* en lien avec les personnes condamnées.

D'après le dictionnaire Larousse, parmi les différentes définitions du mot « proches », au-delà de son acception liée à la proximité géographique, on trouve celle-là : « Qui a de profondes affinités, qui entretient des relations étroites avec quelqu'un d'autre. Exemple : Des amis très proches »²⁴. L'expression *proches* évoque ici les relations interpersonnelles, l'intimité. Posons-nous la question personnellement : qui sont nos proches ? Ceux qui comptent *vraiment* pour nous ? Ceux qui nous ont porté, accompagné depuis des années dans les moments difficiles ? Ceux qui ont partagé nos joies au quotidien ? Ceux *sur qui* nous pouvons compter, et ceux *pour qui* nous comptons ? Cette dernière conception s'inspire de celle proposée par Paugam (2013) eu égard aux « liens sociaux » : en plus d'une dimension clairement affective, ceux-ci revêtent selon lui des

²⁴ Voir Le Larousse en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/proche/64071#locution>

dimensions de protection et de reconnaissance. Il appréhende ces deux dimensions comme composantes indispensables à l'existence sociale :

La protection renvoie à l'ensemble des supports que l'individu peut mobiliser face aux aléas de la vie (ressources familiales, communautaires, professionnelles, sociales...), la reconnaissance renvoie à l'interaction sociale qui stimule l'individu en lui fournissant la preuve de son existence et de sa valorisation par le regard de l'autre ou des autres. L'expression « compter sur » résume assez bien ce que l'individu peut espérer de sa relation aux autres et aux institutions en termes de protection, tandis que l'expression « compter pour » exprime l'attente, toute aussi vitale, de reconnaissance. (2013, p. 63, nous soulignons)

Paugam catégorise ces liens sociaux en quatre types²⁵, chacun impliquant des formes de protection et de reconnaissance de sources diverses :

- 1) le *lien de filiation* (entre parents et enfants) ;
- 2) le *lien de participation élective* (entre conjoints, amis, et proches choisis) ;
- 3) le *lien de participation organique* (entre acteurs de la vie professionnelle) ;
- 4) le *lien de citoyenneté* (entre membres d'une même communauté politique).

Tous ces liens, d'après Paugam, sont

complémentaires et entrecroisés. Ils constituent le tissu social qui enveloppe l'individu. [...]. Dans chaque société, ces quatre types de lien constituent la trame sociale qui préexiste aux individus et à partir de laquelle ils sont appelés à tisser leurs appartenances au corps social par le processus de socialisation. Si l'intensité de ces liens sociaux varie d'un individu à l'autre en fonction des conditions particulières de sa socialisation, elle dépend aussi de l'importance relative que les sociétés leur accordent [...]. (2013, p. 76-77)

Ainsi, comme le remarque également Martuccelli (2002), qui insiste sur le caractère dense et malléable des liens constitutifs du tissu social des individus (Martuccelli, Rol, Roberge et Sénéchal, 2002), il ne faut pas perdre de vue que « [l]a manière de concevoir l'individu est [...] très différente selon les traditions culturelles » (Martuccelli, 2002, p. 13). Thoits (2011) propose une typologie des relations sociales plus simple, les *groupes primaires* et

²⁵ Nous synthétisons ici le tableau présenté par Paugam (2013), à la page 64.

les *groupes secondaires*, la distinction entre ces deux groupes étant essentiellement ancrée dans la dimension émotionnelle (ou non) de la relation :

[...] social ties refer to connections to and contacts with other people through membership in primary and secondary groups. Primary groups tend to be small in size, informal, intimate, and enduring; examples include family members, relatives, and friends. Primary group members are “significant others” [...] - persons to whom individuals are emotionally tied and whom they view as important or influential in their lives. Secondary groups tend to be larger, interactions are more formal (guided by rules, regulations, and hierarchical positions), members’ knowledge about one another is less personal, and members may enter and exit such groups at their or others’ discretion, so membership may range from short to extended in duration; work, voluntary, and religious organizations are examples of secondary groups. (2011, p. 146, nous soulignons)

Piazzesi, Blais et Belleau (2019) ont abordé le tissu social, et plus particulièrement la notion d'*intimité*, en s'appuyant sur le concept de *frontière* et sur les travaux de Luhmann relatifs aux systèmes sociaux :

L'intimité familiale, l'intimité de couple, l'intimité sexuelle [...] : toutes ces formes d'intimité ont des frontières symboliques, discursives et pratiques qui, pour être « invisibles » aux acteurs, ne sont pas moins puissantes et efficaces. Plus ou moins stables, claires, perméables, les frontières des relations intimes servent à établir qui est dedans et qui ne l'est pas, mais surtout elles fonctionnent comme des matrices d'attentes légitimes et réciproques entre les membres de la relation qu'elles circonscrivent. (2019, p. 1)

Cette conceptualisation met ainsi l'emphase sur les attentes individuelles et sur la dimension éminemment subjective du sentiment associé à un lien. Pour terminer ce bref portrait des différentes manières de construire et d'appréhender les relations sociales et leurs déclinaisons, citons Lacey qui les met directement en relation avec notre identité :

[...] our conception of ourselves as persons is inextricably linked with our relationships with others - with friends, family, fellow citizens, colleagues, neighbours - and with social institutions. [...] [W]e actually *define ourselves* to an important extent in terms of those relations (in order to test your reaction to this claim, imagine the self-description you would give if asked, and count up how many of its elements refer to your position relative to that of other persons or communities). (1988, p. 172, emphase de l'autrice)

Ce bref tour d'horizon témoigne de la pluralité des représentations existantes quant aux relations sociales que les individus entretiennent et quant à leur signification. Voyons maintenant qui sont les « proches » des personnes condamnées, à la lumière de la littérature y relative.

Les premiers travaux relatifs aux effets de la prison sur des personnes qui n'étaient pas les destinataires juridiques de la sanction ont majoritairement privilégié le terme de « familles » pour nommer ces personnes. Encore récemment, la notion de *famille* était au cœur de l'ouvrage *Prisons, Punishment, and the Family* dirigé par Condry et Scharff-Smith (2018). Peu après, Mégret signait un chapitre de livre intitulé *Pénalité et familles : à propos des victimes collatérales de la peine*. Il utilise le mot « famille » tout au long du texte, quoique se disant conscient du caractère diffus, complexe et subjectif de cette notion :

La famille à un certain stade se fond avec l'entourage, la communauté ou même la société. Elle est floue à la marge. [...] [E]n prenant appui sur la notion de famille, nous nous garderons bien d'avancer une quelconque conception de la famille légitime [...]. Notre analyse se fonderait plutôt à ce stade sur l'existence de « liens familiaux » n'ayant pas besoin d'être définis légalement ou généalogiquement, et qui consistent en un vécu familial subjectif, tant par le condamné que ceux qui se considèrent liés familialement à lui. (2019, p. 233)

Il conclut en suggérant qu'un élargissement de la réflexion à d'autres formes de relations pourrait s'avérer fécond pour mieux appréhender la problématique qu'il aborde :

La question qui se pose [...] est de savoir s'il faut ignorer la famille au motif que l'on risque d'en reproduire une définition traditionaliste, désuète et partiale... ou s'il faut au contraire étendre toute l'idée de la prise en compte des familles à l'ensemble des relations affectives de dépendance qui structurent la vie du condamné, quitte à faire preuve de beaucoup plus de créativité dans la compréhension de ces relations. (2019, p. 274)

L'élargissement des relations englobées dans le terme « famille », évoqué par Mégret, a été opéré par Condry et Minson. Elles décrivent les « prisoners' families » comme étant

[...] those who have kin relationships with a person serving a sentence of imprisonment. They may be partners and children, or parents, siblings, and other relatives, although "quasi" kin such as close friends might also be important [...]. (2021, p. 2)

Lehalle, qui emploie aussi bien le terme *famille* que celui de *proches*, relève la diversité des profils qui caractérisent les personnes pouvant être affectées par l'incarcération d'un être cher : « Parents, frères et sœurs, enfants, oncles et tantes, conjoints ; ils ne forment pas une population homogène qu'il conviendrait d'étudier sur la base de variables sociodémographiques traditionnelles » (2019b, p. 9). Le terme *proches* se retrouve de plus en plus dans la littérature francophone relative aux effets de la peine. Touraut avait déjà utilisé ce terme et décrit sa sémantique, à l'aune de son étude empirique menée auprès de personnes touchées par l'incarcération d'un être cher :

[Les proches] sont définis [ainsi] quand ils partagent une relation réciproque d'intimité et d'entraide ; une relation privilégiée, associée à une grande proximité affective. La proximité entre proches, apparentés ou non, ne peut être évaluée uniquement à partir de variables objectives telles que la fréquence des appels téléphoniques, le temps passé ensemble, etc. La particularité de la situation sociale à partir de laquelle les liens sont étudiés justifie ce refus de quantifier la proximité entre acteurs. L'expérience carcérale élargie induit, en effet, une restriction stricte du temps partagé ensemble. Or la séparation physique ne détériore pas systématiquement la relation. La fréquence du temps passé ensemble ou des contacts entre proches n'est pas forcément corrélée à l'intensité de leur relation. La force des liens peut, par contre, s'appréhender au regard de la fréquence de l'échange de biens et de services. [...]. (2012, p. 2)

Elle va approfondir encore sa réflexion l'année suivante, en s'appuyant sur le concept de *parentèle* issu des travaux de Déchaux (2003), concept qui réfère à l'idée d'un choix, d'une initiative émanant d'un individu face à la relation :

C'est moins la qualité du lien, apparenté ou non apparenté, que la nature de la relation qui permet de distinguer les proches des non proches même si les proches sont souvent des parents. Plus qu'au concept de famille, c'est à celui de parentèle qu'il renvoie. Qu'il appartienne à une même famille ou non, *ego* et son/ses proche(s) se sont réciproquement choisis [...]. (Touraut, 2013, p. 79, note 15)

Enfin, estimant que la notion de *famille(s)* est insuffisante pour décrire l'ensemble des solidarités qui se tissent autour d'une personne incarcérée²⁶, Ricordeau place ces solidarités au cœur de la sémantique de la notion de *proches* :

²⁶ On peut dire qu'elles s'apparentent au compter sur de Paugam (2013).

L'usage carcéral désigne souvent ces personnes par le terme « famille ». Cette dénomination est problématique car ce qu'on peut entendre par « famille » ne correspond pas toujours à une définition administrative. [...] Le terme « famille » recouvre [...] mal la réalité des solidarités qui peuvent entourer les personnes incarcérées, en particulier les femmes. En effet, c'est parfois moins de sa famille qu'on peut attendre du soutien que de ses ami.e.s ou de ses copains et copines de galère [...]. Pour toutes ces raisons, je préfère le terme de « proches », qui met moins l'accent sur l'appartenance (à une famille) que sur les personnes qui manifestent une forme de solidarité (matérielle, financière ou émotionnelle). (2019b, p. 119-120, nous soulignons)

Notons que du point de vue des personnes concernées, l'appellation « proches de détenus » peut paraître erronée, voire ne faire aucun sens, comme l'a remarqué Ferreccio lors d'une étude de terrain menée aux abords de prisons en Argentine :

Ces personnes, principalement des femmes, sont là, chaque semaine, prêtes pour les visites. [...]. Pour ceux qui ne font pas la file chaque semaine, c'est-à-dire les chercheurs ou les auteurs de chroniques ou de rapports d'organismes gouvernementaux, ces personnes sont des « proches de détenus ». Mais la recherche ethnographique révèle à quel point cette définition qui vise à les identifier et à les décrire leur est étrangère et peu concrète. Ces femmes, qui partagent plusieurs points en commun, ne se perçoivent pas comme un groupe collectif ni ne se constituent comme tel. Elles acceptent avec réticence la notion de « proches de détenus », mais connaissent très bien par contre les différences existant entre elles. (2019, p. 38)

Ainsi, la perception et l'expérience de celles et ceux qu'on appelle les « proches de détenus » peuvent s'avérer fort éloignées des concepts et étiquettes élaborés par les chercheuses et chercheurs, ce qui invite à rester attentifs aux biais pouvant découler de l'usage de cette expression.

Cette description des multiples visages des personnes pouvant être affectées par la sanction pénale – alors qu'elles n'en sont pas les destinataires juridiques – nous amène à évoquer la manière dont le terme *proches* sera employé dans le cadre de cette recherche. Il sera préféré à celui de *famille*, cela pour des motifs similaires à ceux avancés plus haut par Ricordeau (2019b). Quant à son usage, il servira avant tout à nommer le groupe de personnes à propos desquelles la démarche d'enquête va porter. Comme déjà évoqué, nous ne fournirons pas une définition préconstruite et formatée de cette notion aux acteurs et actrices interviewé-e-s : nous les laisserons s'exprimer sur ce qu'ils/elles

perçoivent comme en faisant partie, afin d'interroger leurs représentations des *proches* et d'observer le sens qu'ils/elles attribuent à cette notion.

1.2.2 La notion d'*effets de la peine*

Comme nous l'avons vu précédemment²⁷, de nombreuses recherches ont mis en lumière des « effets » indésirables liés au fonctionnement du système pénal, et leur existence ne semble aujourd'hui faire aucun doute. En revanche, l'arpentage de la littérature nous a permis d'observer que le vocabulaire se référant ces « effets » est extrêmement varié et qu'aucun concept n'est employé de manière stable pour les évoquer. Considérant cela, cette section présentera la manière dont les *effets de la peine* sont conceptualisés et problématisés dans la littérature. Nous présenterons d'abord les différentes expressions et acceptions répertoriées dans la littérature pour évoquer ces effets, puis nous nous interrogerons quant à savoir si les difficultés rencontrées par les proches constituent une « peine » à proprement parler, cette question étant très discutée dans la littérature. Enfin, pour conclure cette section relative à la notion d'*effets de la peine*, nous tenterons de circonscrire sa sémantique dans le cadre de notre étude, considérant les dimensions multiples qu'il présente.

Dans la littérature, la description des *effets de la peine* et de l'intervention pénale emprunte une terminologie très variée. Certains distinguent les effets « directs » des effets « indirects », alors que d'autres évoquent le flou entourant la ligne de démarcation entre ces deux adjectifs et le caractère artificiel de la distinction (Kaiser, 2016). Certains préfèrent employer le terme de « conséquences », qui sont alors dites « informelles » (Logan, 2013) ou « collatérales » (Mauer et Chesnay-Lind, 2002 ; Monkman, 2014 ; Kaiser, 2016), voire ces deux qualificatifs à la fois (Hoskins, 2019).

Certain-e-s auteurs/trices centrent leur réflexion sur les difficultés associées à l'usage de la prison et notamment aux politiques d'incarcération de masse (Mauer et Chesnay-Lind, 2002), d'autres considèrent les effets découlant du fonctionnement du système pénal au

²⁷ Voir la section 1.1.

sens large (Landreville, Blankevoort et Pires, 1981), alors que certain-e-s encore circonscrivent plutôt leur analyse aux conséquences de la déclaration de culpabilité (Logan, 2013). L'observation est parfois concentrée sur les conséquences juridiques d'une condamnation pénale, conséquences qui ont récemment suscité un regain d'intérêt dans la littérature²⁸ ; par exemple, Goulette et al. définissent les *conséquences collatérales* liées à l'application d'une loi comme étant :

[...] restrictions imposed by operation of state and federal law on offenders as the result of an arrest, conviction, or imprisonment. Unlike the punishment imposed upon conviction, these additional restrictions are civil consequences of conviction, outside the realm of the criminal process [...] and are considered indirect consequences of criminal conviction [...]. (2014, p. 291)

Une grande partie de la littérature traitant de cette thématique provient des États-Unis (Kirk et Wakefield, 2018). Ce constat n'est pas surprenant considérant le foisonnement de conséquences juridiques qui fait suite à une condamnation pénale dans ce pays²⁹. Mais l'attention portée aux conséquences dites *formelles*, ou *juridiques*, de la sanction pénale ne va pas de pair avec la mise en lumière de conséquences plus difficiles à appréhender, en raison de leur nature subjective et singulière. Jugeant la description des conséquences légales de la peine trop restreinte, Logan propose alors de définir les conséquences informelles d'une condamnation ainsi :

[...] *informal collateral consequences of conviction [are] arising outside formal operation of law, [and are] significantly affecting the lives of convicted individuals*. These negative consequences, ranging from social stigma to diminished housing and employment opportunities, very often also have a spill-over effect on friends and family. (2013, p. 1106, nous soulignons)

²⁸ En Europe, Meijer, Annison et O'Loughlin ont dirigé un ouvrage intitulé *Fundamental Rights and Legal Consequences of Criminal Conviction* (2019), alors qu'aux États-Unis, Hoskins publiait au même moment un ouvrage intitulé *Beyond Punishment ? A Normative Account of the Collateral Legal Consequences of Conviction* (2019).

²⁹ Ces conséquences sont si nombreuses que la *Uniform Law Commission*, dont la mission est notamment de proposer des lois, s'est penchée sur la question et a rédigé le *Uniform Collateral Consequences of Conviction Act* (2010). Ce texte définit les conséquences collatérales comme étant les sanctions collatérales imposées en vertu de la loi.

Dans le même sens, Kirk et Wakefield invitent à considérer largement les « conséquences collatérales de la peine » :

[...] the consequences of punishment extend well beyond the convicted individual to families and communities. [...] [T]he range of consequences that we should consider collateral include not only (a) the (formal) legal and regulatory sanctions that the convicted bear beyond the sentence imposed by a criminal court but also (b) the (informal) impacts of criminal justice contact on families, communities, and democracy. (2018, p. 172)

Dans le contexte du droit criminel canadien, Monkman (2014) utilise l'expression « collateral consequences » tel que conceptualisée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Pham* (2013)³⁰. Dans la ligne directe de cet arrêt, il limite son analyse aux effets de la sanction à la personne condamnée ; il décrit les *collateral consequences* comme étant « any negative effect that a sentence could have on an offender beyond the loss of liberty in the case of a prison sentence or the loss of money that ensues from a fine » (2014, p. 43)³¹. Bennett propose une autre définition de cette notion, et étend sa sémantique au-delà de la personne condamnée : « [c]ollateral consequences can be understood as the further repercussions of a criminal conviction on an offender's life, as well as those of their dependants and their communities » (2017, p. 481). Mais pour Lippke, cette notion n'est pas à même de traduire l'expérience concrète des proches ; il lui préfère alors l'expression « punishment drift » :

The ways in which the effects of legal punishment spread to non-offenders are sometimes referred to under the heading of "collateral consequences". However, scholars also use that term to refer to various civil disabilities imposed by the state on offenders, ones that often attach to offenders after they have served their formal sentences. I want to distinguish the (arguably) unintended spread of legal punishment to innocent others from collateral consequences

³⁰ Comme nous le décrivons dans le chapitre 3, qui porte sur la méthodologie utilisée pour mener la recherche, cette dernière ne porte pas sur la jurisprudence mais bien sur les points de vue des juges tel que saisi par des entretiens de recherche. Nous aborderons toutefois l'arrêt *R. c. Pham* dans la section 1.3.3.1.2, où nous traiterons de la notion de « conséquences indirectes de la peine » développée dans cet arrêt.

³¹ Monkman distingue trois catégories de conséquences collatérales : les pénalités ou désavantages imposés aux personnes condamnées par d'autres individus, par des organisations ou par la société dans son ensemble, comme les difficultés à obtenir un emploi pour les personnes ayant un casier judiciaire ; celles qui découlent du *Code criminel*, comme l'interdiction de posséder des armes à feu prévue par l'article 109 C.cr. ; enfin, celles qui découlent de l'application d'une autre loi, comme le fait de pouvoir être expulsé du territoire à la suite d'une condamnation.

intentionally visited upon offenders or ex-offenders, thus I use the term “punishment drift”. (2017, p. 646, note 4, nous soulignons)

Condry et Minson (2021) rejettent l’emploi de l’expression « collateral consequences », en se fondant sur trois motifs. Dans la mesure où cette expression est la plus fréquemment mobilisée dans la littérature anglophone pour nommer les difficultés rencontrées par les proches, et qu’elle a également été utilisée par la Cour suprême du Canada pour aborder cette problématique³², il nous apparaît utile de décrire ici la critique qu’elles développent à son égard, en insistant sur deux points.

D’abord, Condry et Minson relèvent que l’expression « collateral consequences » a été largement mobilisée par la littérature pour parler des effets secondaires d’une condamnation *sur la personne condamnée*, et cela en particulier en lien avec l’infliction d’une peine de prison. Elle serait ainsi inadéquate pour évoquer les situations rencontrées *spécifiquement par les proches* durant l’incarcération. Ensuite, les autrices relèvent que d’un point de vue sémantique, le terme *collateral* réfère à l’idée d’une chose qui est *secondaire*, ou *parallèle*, par rapport à une autre. Or, comme elles le soulignent, ce vocabulaire traduit mal l’expérience concrète des proches :

[...] the harms to prisoners’ families do not progress in parallel to a prisoner’s experience, instead they are a causal consequence of the offender’s punishment and interwoven into the families’ lives, with a mutual and constantly evolving relationship between the prisoner and their family. (2021, p. 6)

L’usage de l’expression « collateral consequences » pourrait ainsi nuire à une considération des proches dans le cadre des théories pénales, en raison de la mise à distance qu’elle est susceptible de produire. Condry et Minson insistent sur le caractère insatisfaisant du vocabulaire et des termes utilisés dans la littérature pour évoquer les difficultés rencontrées par les proches des personnes condamnées. Elles appellent alors à mieux les conceptualiser afin qu’elles puissent être substantiellement intégrées aux réflexions relatives à la manière de penser la sanction pénale :

³² Voir *R. c. Pham* (2013).

For punishment theorists to more explicitly engage with the effects of punishment on families we may need new terminology. [...] [W]e suggest a new analytical approach that might help to facilitate greater engagement and integration of what have until now been two distinct bodies of scholarship: the body of punishment theory that considers the collateral consequences of punishment for prisoners themselves, and the body of criminological work on the harms wrought by imprisonment on families. Currently there is little connection or dialogue between the two but as the field of prisoners' families research is growing rapidly in size and depth it should be seen as an integral part of wider debates about the reach and nature of punishment in society. In order to achieve this aim, greater clarity in how we conceptualize and describe what happens to families of prisoners is needed. (2021, p. 2, nous soulignons)

Des difficultés sémantiques et conceptuelles agitent donc fortement la littérature. On voit dans ce tour d'horizon l'absence de consensus quant à la terminologie à employer pour évoquer les difficultés rencontrées par les proches ; le manque de clarté et les confusions qui découlent a d'ailleurs été évoqué dans la littérature (Kirk et Wakefield, 2018 ; Lippke, 2017). Comment nommer et problématiser le fait qu'une sanction pénale déploie des effets au-delà de la personne à qui elle est infligée ? Les développements qui précèdent témoignent de l'ampleur et de la complexité de la tâche. Celle-ci implique également de s'interroger plus radicalement quant à savoir si les proches des personnes incarcérées subissent à proprement parler une *peine* : considérant que la sanction pénale est susceptible d'affecter des personnes à qui elle n'est pas juridiquement infligée, Ladd se questionne sur la délimitation et le sens de ce mot en lien avec les proches. Remarquant un décalage entre certaines frontières juridiques et conceptuelles d'une part, et la réalité vécue d'autre part, il s'interroge alors en ces termes : « [p]eut-on légitimement nommer "peine" les dommages et souffrances de la famille ? » (2019, p. 37).

La réponse est en tout cas positive pour certains observateurs/trices qui ont étudié les expériences des proches, comme Hannem au Canada : « Although legally innocent, the families of prisoners experience the period of incarceration as punitive and it has a profoundly negative impact on their quality of life » (2008, p. 123). Cette perspective est endossée par Le Quéau (2000) qui évoque l'« autre peine » des familles de détenu-e-s, par Travis (2002), qui parle du « invisible punishment » ou encore par Comfort, qui mobilise l'expression *punishment beyond the legal offender*, et qui observe « the punitive effects felt by the family, friends, and neighbors of lawbreakers through their experiences

of direct contact with criminal justice authorities and correctional facilities » (2007a, p. 273). Touraut, quant à elle, est d'avis que « les épreuves vécues [par les proches] s'apparent[e]nt à une véritable peine sociale » (2013, p. 94), alors que Ricordeau appelle à reconnaître que les effets de la prison sur les proches sont

[...] des peines à part entière [...] qui se traduit[ent] matériellement, financièrement et émotionnellement. Même si les juges ne prononcent jamais la peine qui nous frappe, nous sommes souvent jugées, plus ou moins indirectement, lors des procès (parce que « mauvaises mères », « épouses peu structurantes », etc.) [...]. (2019c, p. 8, nous soulignons)

Condry et Minson estiment quant à elles que « [...] the[se] harms [...] are not "punishment" in the legal sense, but a punishing experience » (2021, p. 2). Ainsi, si les proches ne sont pas les destinataires juridiques de la sanction, leur expérience s'apparenterait à une punition, d'un point de vue phénoménologique. En nous appuyant sur une distinction proposée par Pires, on peut dire que la représentation des effets de la peine sur les proches est tributaire du *code de langage* mobilisé pour les qualifier :

[...] le code institutionnel [...] nous amène à adopter [...] le langage juridique ou institutionnel du droit, utile dans la pratique du droit, mais qui ne fait pas certaines distinctions qui peuvent être fondamentales pour une compréhension théorique et empirique adéquate du sujet traité. [...] Par contraste, [le] code descriptif [...] s'éloigne des notions du langage juridique et institutionnel en vue d'examiner leurs présuppositions de base. Il arrive alors que le code descriptif abandonne les concepts juridiques (pénaux), modifie leur signification ou élabore de nouveaux concepts. L'objectif de ce code est de nous amener à maximaliser la capacité descriptive de notre langage. Il évite alors l'utilisation d'un langage à connotation juridique, justement parce que ce langage se prête mal à la tâche de description empirique. En effet, le propre des concepts juridiques (pénaux) n'est ni de voir ni de décrire, mais d'interpréter pour juger. (1995, p. 63-64)

Cette distinction entre deux codes de langage permet de voir que si le concept de *peine* peut certes être perçu comme étant inadéquat pour qualifier les difficultés rencontrées par les proches lorsqu'il est mobilisé en tant que *code institutionnel* – donc en tant que notion juridique –, il peut néanmoins s'avérer approprié pour décrire leur expérience empirique. Lorsque le terme *peine* est employé en tant que *code descriptif*, alors sa signification peut être étendue à l'expérience des personnes non-destinataires de la décision juridique – la seule « peine » aux yeux du droit – mais qui en ressentent par ailleurs les effets concrets.

En tous les cas, peu importe le langage employé, une chose est certaine : la peine *déborde* de sa cible, comme le dit justement Ladd, et entraîne avec elle « une catégorie de dommages qui est spécifique à l'entourage des détenus » (2019, p. 37).

Ricordeau va plus loin et s'interroge quant à savoir si les proches ne constituent pas la cible première du système pénal (2019b, p. 132), en s'appuyant sur les travaux de Pires, Landreville et Blankevoort. Ces derniers sont en effet d'avis que « la véritable visée idéologico-politique de l'appareil pénal serait plutôt les familles que les individus » (1981, p. 339). En un sens, donc, la sanction pénale s'adresserait aussi aux proches. Les effets de la peine qui sont vécus par ces derniers sont-ils pour autant *désirés* par le système ? Même si cette perspective demeure minoritaire dans la littérature, on constate néanmoins que le questionnement à l'égard du caractère *intentionnel* des effets de la peine sur les proches préoccupe plusieurs auteurs-trices, comme Ladd, qui s'interroge : « [p]eut-on voir dans les contraintes et humiliations subies par la famille une volonté sourde d'infliger des dommages qui s'apparentent à une peine ? » (2019, p. 37). Lippke estime qu'on s'en approche fortement, considérant le peu d'attention porté aux proches dans les politiques pénales : « failure to confine punishment drift comes perilously close to punishment of the innocent [...] » (2017, p. 645). Il réfute néanmoins l'analogie établie entre le *punishment drift* et la volonté intentionnelle de punir des personnes dites « innocentes ». Mégret, de son côté, appelle à relativiser la distinction entre effets intentionnels et simplement prévisibles de la peine. Il estime néanmoins que

[...] la collatéralité des victimes familiales peut aussi être plus ou moins voulue ou justifiée à leur endroit et donc marquer un retour plus ou moins assumé du caractère collectif de la peine. Il se peut par exemple que l'on considère, même subrepticement, que la famille est bien d'une certaine manière responsable des actes de l'accusé et que l'on souhaite à travers sa punition envoyer ce message. (2019, p. 244)

Selon lui, « l'invisibilité des familles, loin de n'être qu'accidentelle, participe de la construction même de la peine » (2019, p. 244). Enfin, Condry et Minson invitent à ne pas employer le terme « punishment » en référence au vécu des proches, estimant que celui-ci nuit à une réflexion théorique quant à la place des proches dans le contexte de la punition :

The use of language such as the “unintentional burdens of punishment” (Kolber, 2012) when referencing harms to prisoners’ families, suggests that punishment theorists have recognized that the harms to families are in some way ancillary to punishment, but they have not incorporated them into broader discussions of punishment nor have they discussed how such harms can be justified or understood. The experiences of prisoners’ families may partly have been excluded from wider theoretical reasoning because labelling them “punishment” is a misnomer. (2021, p. 8, nous soulignons)

L’absence de problématisation théorique solide de l’existence des proches en lien avec la sanction pénale, évoquée ici par Condry et Minson (2021), se trouve au cœur de cette recherche. Dans le chapitre 2, consacré au contexte théorique de notre étude, nous explorerons, sur le plan théorique, en quoi l’invisibilité des proches serait possiblement intriquée avec la *construction même de la peine*, comme le suggère Mégret. Nous y analyserons la manière dont les théories modernes de la peine appréhendent la personne condamnée, ses liens sociaux et les tiers, en nous appuyant principalement sur les travaux relatifs à la théorie de la rationalité pénale moderne. Mais avant cela, les développements relatifs aux difficultés conceptuelles posées par les effets de la peine sur les proches appellent à circonscrire plus finement notre objet d’étude.

1.2.3 Renoncer au mot juste, mais circonscrire l’objet d’étude

Que peut-on tirer des explorations conceptuelles et sémantiques qui précèdent, relativement aux notions de *proches* et d’*effets de la peine* ? Le résultat est cacophonique et génère probablement plus de confusion qu’il n’apporte de clarification. Aucun concept, aucune expression, aucune vision ne semble faire l’unanimité ; on peut dire que ces notions ne possèdent pas de contours. Nommer, conceptualiser la manière dont la mise en œuvre du droit pénal peut se manifester dans la vie des gens, et plus particulièrement chez l’entourage des personnes poursuivies pénalement, semble ainsi donner du fil à retordre aux observateurs/trices de l’intervention pénale. D’ailleurs, Brassard et Martel ont relevé « la fragmentation des écrits scientifiques destinés aux effets de l’incarcération » (2009, p. 123), ce constat étant également posé quant aux écrits qui traitent spécifiquement des effets qui touchent les proches (Condry et Minson, 2021).

Certes, de « mot juste », il n'en existe probablement pas, et cela encore moins si l'on envisage celui-ci dans sa dimension *scientifique*, où « [l]e mot juste renvoie [...] d'abord à un usage normatif de la langue » (Bikialo, 2006). Cependant, comme l'exprime justement de Sousa Santos, « on doit garder à l'esprit que les noms établissent l'horizon intellectuel et politique de ce qui est dicible, crédible, légitime ou réaliste et, par voie de conséquence, de ce qui est indécible, non crédible, illégitime ou irréaliste » (2011, p. 28-29). Considérant cela, il est indispensable de formuler clairement les contours de notre objet d'étude, de le nommer adéquatement et de faire état des distinctions que nous utiliserons pour l'observer. Pour ce faire, nous emprunterons la réflexion offerte par van de Kerchove dans son ouvrage *Sens et non-sens de la peine* (2009), qui, quoiqu'il ne s'interroge pas en tant que tel sur la dimension sensible et interpersonnelle de la peine (Ladd, 2019), propose une description et une contextualisation des *effets de la peine* qui nous semble appropriée à notre réflexion.

Le questionnement initial de van de Kerchove a trait au *sens* de la peine ; il remarque que cette question comporte plusieurs aspects, qui sont distincts quoiqu'indissociables. Le premier a trait à la nature et aux contours de la peine : « quels sont les caractères essentiels de la peine et quelles sont les mesures auxquelles cette qualification s'applique ou ne s'applique pas ? », s'interroge-t-il (2009, p. 5). Se demander si le mot *peine* peut s'appliquer à l'expérience vécue par les proches prolonge d'une certaine manière son questionnement. Le second aspect a trait à la justification de la peine, qui elle-même implique plusieurs dimensions : celle des fondements de la peine, c'est-à-dire ses raisons, ses causes, et celle des *effets de la peine*, qu'il décrit comme étant « les conséquences susceptibles d'en découler » (p. 5). Pour van de Kerchove, les *effets de la peine*

[...] peuvent être poursuivis, sans être nécessairement atteints : il s'agit des « objectifs » de la peine, le « pour quoi » de la peine. Ils relèvent, selon le niveau de réflexion envisagé, tantôt d'une approche philosophique, tantôt d'une approche conçue en termes de politique pénale et criminelle, et se réfèrent au rôle *idéal* que la peine doit poursuivre, à la *finalité* qui lui est assignée. Ils peuvent cependant aussi être effectivement engendrés, sans nécessairement avoir été poursuivis, qu'ils soient jugés positifs ou négatifs. Lorsque ces effets ont un caractère essentiel et répondent positivement aux exigences du système juridique, on parlera habituellement de « fonction » de la peine. [...]. Lorsqu'ils ont un caractère accessoire, on parlera d'« effets secondaires » ou « dérivés ».

Tantôt, ces effets seront considérés comme bénéfiques ou utiles, comme certains l'admettent en ce qui concerne les effets dissuasifs, curatifs ou réparateurs de la peine, tout en ne les considérant ni comme de véritables objectifs ni comme de véritables fonctions. Tantôt, ils seront considérés comme négatifs et indésirables, comme c'est le cas lorsqu'on évoque les effets désocialisants des peines privatives de liberté ou les effets socialement discriminatoires de certaines peines. (2009, p. 5, par. 7, nous soulignons)

Les distinctions élaborées ici sont éclairantes et permettent de tracer une ligne pour délimiter notre objet d'étude : nous mettrons sous la loupe les effets *liés à l'infliction d'une sanction pénale*, qui sont *effectivement engendrés*, *sans nécessairement avoir été poursuivis*, et qui peuvent être considérés comme *bénéfiques*, ou au contraire comme *indésirables*. Pour raffiner cette description et y inclure la dimension relative aux *proches*, nous nous appuierons sur Garcia (2020), qui mobilise l'expression « totalité de la situation » élaborée par Parker Follett dans son ouvrage *Creative Experience* (1924/2013) : s'interrogeant sur les zones de la normativité juridique, Garcia estime qu'une représentation du droit fondée dans une relation trop étroite aux règles formelles du droit peut « amener un juge à délaisser sa capacité de juger de la "totalité de la situation" entourant un cas concret ou à renoncer à sa capacité d'évaluer les effets de la décision juridique sur ses destinataires » (2020, p. 651). Elle définit le concept de « totalité de la situation » comme « une zone élargie de l'activité normative du droit qui prend en considération des effets allant au-delà de l'application d'une règle au destinataire direct de la décision juridique » (2020, p. 651, note 9).

Cette définition, couplée aux précédents développements, nous est utile pour préciser conceptuellement la distinction « effets de la peine ». Cette contribution conceptuelle nous servira aussi à délimiter l'angle d'observation théorique et empirique que nous privilégierons dans cette recherche eu égard aux *effets de la peine sur les proches* : il s'agira des effets *liés à l'infliction d'une sanction pénale*, qui sont *effectivement engendrés sans nécessairement avoir été poursuivis* (van de Kerchove, 2009), qui peuvent être bénéfiques ou indésirables (van de Kerchove, 2009), qui touchent des personnes *qui ne sont pas les destinataires directs de la décision juridique* (Garcia, 2020) et qui *affectent leur vie de manière significative* (Logan, 2013). Rappelons que l'observation ne portera

pas sur ces effets dans leur dimension phénoménologique³³, mais bien sur leur problématisation par les acteurs et actrices du droit, cela dans le contexte de la détermination de la peine.

Lorsqu'ils sont mis sous la loupe, les effets des sanctions sur les *proches*, c'est-à-dire sur des personnes à l'égard desquelles le système pénal ne peut pas *justifier légalement* un « mal » pénal, forcent l'observateur/trice à porter le regard au-delà de l'infliction juridique d'une peine à la personne condamnée, et à considérer celle-ci dans sa dimension *expérientielle*. Or, si du point de vue de la personne condamnée, « there is an un-traversable gap between the act of sentencing and the experience of suffering through punishment » (Berger, 2015, p. 21), cette remarque peut être étendue à l'expérience vécue par ses proches, à la lumière de la littérature présentée dans ce chapitre. Demander à des acteurs et actrices judiciaires de tourner le projecteur vers ces personnes permet de visibiliser le fait que la peine n'est pas qu'un discours, et qu'elle produit également des effets à différentes échelles, qui peuvent s'avérer délétères, contre-productifs, voire contraires aux principes-mêmes du droit pénal. Comme le dit Bernard, « la peine n'est pas que normative, elle est performative » (2019, p. 501).

À l'aune des nombreux travaux documentant les nombreux coûts sociaux attachés à l'infliction de sanctions pénales³⁴, cette affirmation peut apparaître comme un truisme. Pourtant, van de Kerchove remarque dans la pénalité occidentale une « valorisation croissante du prononcé de la peine par rapport à son exécution », dans laquelle il perçoit un glissement vers une « pénalité "immatérielle" où l'acte de punir se ramène à un pur acte de langage, consistant à réaffirmer la loi, à dire le crime [et] à désigner son auteur [...] » (2005, p. 1). Dès lors, il apparaît légitime de s'interroger quant à savoir si le caractère *performatif* de la sanction pénale, et plus particulièrement ses effets *sur des tiers*, est problématisé par le système pénal au moment où la peine est pensée et infligée par l'institution.

³³ Pour cet aspect, voir la synthèse des connaissances sur les proches des personnes condamnées (section 1.1.3.2).

³⁴ Voir la section 1.1.

À ce stade, un élément mérite encore des développements : pourquoi avoir choisi de poser notre regard sur la phase de la détermination de la peine ? Nous y répondrons dans la section suivante.

1.3 Les proches dans le contexte de la détermination de la peine : le point aveugle qui justifie la délimitation de notre objet de recherche

Cette recherche se penchera directement sur le problème spécifique que nous venons d'identifier : la manière dont les effets des sanctions pénales sur les proches sont appréhendés, en privilégiant le moment de la détermination de la peine. Nous exposerons maintenant les raisons qui nous ont amenées à porter une attention particulière à ce moment de la procédure pénale (1.3.1). Suite à cela, nous présenterons les travaux qui se sont penchés spécifiquement sur la place des proches, et plus largement des liens sociaux des personnes condamnées, dans ce contexte en particulier (1.3.2). Pour contextualiser juridiquement notre étude et identifier les éléments qui, légalement, pourraient inviter les acteurs et les actrices qui déterminent les peines à prendre en compte les effets sur les proches dans le choix des sanctions, nous décrirons ensuite les cadres légaux de la détermination des peines au Canada et en Suisse (1.3.3).

1.3.1 Pourquoi s'intéresser à la place des proches au moment de la détermination de la peine ?

Les travaux décrits dans la section 1.1 ont permis de dresser plusieurs constats. D'abord, les effets négatifs de l'intervention pénale ont été largement documentés dans la littérature, cela depuis plusieurs décennies. Ensuite, ces effets se déploient sur une échelle micro, méso et macro sociale : les sanctions pénales, et à plus forte raison la peine de prison, impliquent des coûts sociaux majeurs qui ne touchent pas seulement la personne qui fait l'objet d'une poursuite pénale, mais s'étendent bien au-delà. Enfin, les proches des personnes incarcérées sont particulièrement susceptibles d'être atteints « par ricochet » (Lehalle, 2019b) par l'intervention pénale. Or, les travaux relatifs aux proches partagent pour la majorité une caractéristique commune : ils sont essentiellement ancrés dans des étapes de la procédure où la privation de liberté est « subie » et

concrètement vécue par les justiciables, soit lors de la détention avant jugement ou lors de l'exécution de la peine, dans une perspective qui tend à *décrire* ces effets comme tels. De plus, aucune étude ne semble s'être penchée sur les représentations de ceux et celles qui prononcent des sanctions pénales, quant aux effets de leurs décisions sur les proches.

Alors que l'espace accordé aux proches dans les politiques carcérales est décrit et questionné par la littérature³⁵, la manière dont les proches sont appréhendés par les politiques pénales relatives aux sanctions, et par les actrices et acteurs judiciaires qui œuvrent *en amont de l'exécution de la peine*, demeure inexplorée. Le prisme privilégié par les recherches sur les difficultés des proches semble d'une certaine manière « emprisonné » dans un moment particulier, celui où la prison est *en train de se vivre*. Ce point de convergence est probablement à mettre en relation avec la lente émergence des proches dans la littérature scientifique, où ces personnes sont longtemps restées dans un angle mort. Il a ainsi fallu débroussailler un champ de recherche complètement vierge il y a encore vingt ans, et les recherches qui s'y sont intéressées ont permis d'apporter des connaissances indispensables à la sociologie pénale et carcérale.

Or, maintenant que ces connaissances relatives aux proches existent, il apparaît fondamental de questionner la manière dont ces individus *existent*, ou non, pour le droit criminel, et cela en particulier dans le contexte de la prise de décision relative à la peine : au moment où s'opère le choix de la sanction, comment les proches des personnes condamnées sont appréhendés par le système pénal ? Sont-ils visibles et visibilisés dans l'exercice menant au choix de la peine juste et appropriée ou seraient-ils encore dans cet angle mort en ce qui concerne le monde judiciaire ?

Du point de vue du droit, c'est au moment du verdict de culpabilité, puis de la détermination de la peine le cas échéant, que la situation pénale du justiciable se cristallise : cette étape constitue un moment crucial dans la mesure où elle va sceller juridiquement son sort sur le long terme. En cas de culpabilité, le tribunal choisit alors la peine infligée, avec toutes les implications que cela peut induire pour la personne

³⁵ Voir par exemple Vacheret (2005), sur les visites familiales dans les établissements correctionnels au Canada.

condamnée, et également pour ses proches. Qui plus est, les tribunaux disposent d'un large pouvoir discrétionnaire lors de la détermination de la peine : du point de vue de l'*ethos* professionnel du juge, cette étape est un moment fondamental de son indépendance : « [j]udges have historically considered sentencing [...] as art rather than science, and therefore as requiring substantial discretion » (Norrie, 2014, p. 334).

En droit canadien, d'après l'honorable Juge Moldaver, ancien juge à la Cour suprême du Canada, « [t]he discretion to craft highly individualized sentences is a key feature of the Canadian approach to sentencing » (2020, p. xxiii). La Cour suprême du Canada a rappelé à maintes reprises la grande discrétion des tribunaux canadiens pour déterminer une peine³⁶. Cette discrétion peut être limitée, notamment par les peines minimales obligatoires prévues par la loi (Rocha Machado et Pires, 2010), et par d'autres contraintes internes au système de droit, comme les critères légaux liés à l'octroi d'un sursis. Si les tribunaux peuvent invalider une peine minimale lorsqu'elle leur apparaît contraire aux droits de la personne³⁷, Garcia et Dubé observent que ces peines constituent « sans doute la menace politique la plus évidente à l'indépendance judiciaire dans le cadre de la détermination de la peine juste et adéquate » (2017a, p. 18). Face aux balises qui l'encadrent, ils/elles décrivent ainsi le pouvoir discrétionnaire de manière plus nuancée : il s'agit « un pouvoir exercé librement à l'intérieur de certaines limites » (Garcia et Dubé, 2019, p. 550). En droit suisse, le pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière de fixation de la peine est généralement désigné par les expressions « marge d'appréciation » ou « pouvoir d'appréciation ». Ce pouvoir s'avère également large (voir Bacher et Jendly, 2020 ; Parein, 2010), mais s'exerce aussi à l'intérieur de certaines

³⁶ Voir par exemple les propos du juge Lebel dans l'arrêt phare *R. c. Ipeelee* (2012) : « Malgré les contraintes imposées par le principe de proportionnalité, les juges de première instance jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la peine. Sous réserve des dispositions législatives particulières dont la conformité à la *Charte* a été reconnue, le prononcé d'une peine appropriée reste un processus fortement individualisé. Les juges chargés d'imposer les peines doivent disposer d'une latitude suffisante pour les adapter aux circonstances de l'infraction et à la situation du contrevenant en cause. Les cours d'appel reconnaissent la portée de ce pouvoir discrétionnaire et font preuve d'une retenue considérable à l'égard de la peine fixée par le juge » (par. 38). Nous y reviendrons dans la section 1.3.3.1.

³⁷ Voir par exemple *R. c. Nur* (2015) et *R. c. Lloyd* (2016), où des peines minimales ont été déclarées inconstitutionnelles. Voir aussi Desrosiers (2013), Garcia (2016) et Paciocco (2015).

limites, notamment celles posées par des peines minimales et maximales dans le *Code pénal suisse* [ci-après : CP].

La prise en considération des effets de la peine sur les proches, que nous avons documentée dans les sections précédentes, pourrait être un élément important pour arriver à la peine juste et appropriée, pour mettre en œuvre le principe de l'individualisation de la peine et son adéquation au cas concret, et même pour favoriser des interventions pénales mieux ajustées au principe de la modération des peines, et de l'usage de la prison comme *ultima ratio*. Ces caractéristiques et principes du droit pénal moderne encadrant la détermination de la peine nous ont amenées à concentrer l'attention sur cette étape, qui représente un point de bascule dans le cours d'une procédure pénale.

Ce choix n'implique pas de nier que les proches sont susceptibles d'être affectés par les décisions prises à d'autres étapes de la procédure ; les recherches présentées préalablement attestent de cela de manière éloquente. Néanmoins, nous verrons dans la prochaine section que le moment de la détermination de la peine est l'un des parents pauvres des recherches relatives aux proches et aux effets de la peine – et c'est pourquoi nous avons choisi de privilégier cet angle d'analyse dans la précision finale de notre objet de recherche, en espérant produire de connaissances nouvelles qui se rajoutent à celles déjà existantes.

1.3.2 Les proches dans le contexte de la détermination de la peine : un état des lieux de la littérature

Alors que les recherches en *sentencing* sont nombreuses et endossent des perspectives extrêmement variées (voir Vanhamme et Beyens, 2007), la littérature a peu traité de la place occupée par des tiers à la procédure au moment du choix de la peine. Un constat s'est vite imposé : l'essor de la littérature qui décrit les répercussions de la prison sur les proches ne s'est pas encore accompagné d'une réflexion approfondie sur cette thématique au plan judiciaire. Nous détaillerons ici les travaux qui, dans le contexte particulier de la détermination de la peine, se sont penchés sur la question de la place

des proches. Nous traiterons d'abord des travaux relatifs à la prise en compte de ces personnes dans le contexte de la détermination de la peine ; considérant leur petit nombre, nous aborderons ensuite les recherches traitant des liens familiaux de la personne condamnée qui, quoique non orientées vers les proches au premier chef, demeurent pertinentes pour la réflexion.

Au nombre des recherches centrées spécifiquement sur les proches, la recherche de Minson (2020) est la plus approfondie dans le contexte de la détermination de la peine ; elle se concentre sur la thématique des enfants dont une mère est incarcérée, à partir d'une perspective ancrée dans les droits des enfants. Son ouvrage s'inscrit à la suite d'autres travaux (2015, 2019) dans lesquels la chercheuse a exploré la prise en considération des droits des enfants dont la mère faisait face à une peine d'emprisonnement en Angleterre et au Pays de Galles. En plus de recueillir le point de vue d'enfants concernés et de personnes leur fournissant des soins, Minson a mené des entretiens auprès de vingt juges et a observé la manière dont ces acteurs et actrices considéraient les enfants en lien avec le choix de la peine de leur mère. Elle s'est basée sur la prémisse que ces enfants étaient traités différemment dans ce contexte que dans le cadre d'une procédure civile :

Firstly, why are children of defendant mothers who face separation from their mother as a consequence of criminal sentencing proceedings, treated differently to children who face separation from their parents by the state in the family court ? Secondly, what are the implications of this differentiated treatment for wider society and for the state ? (2020, p. 3)³⁸

Minson avait antérieurement mené une recherche avec Condry (2015) sur une thématique connexe : les chercheuses ont analysé des transcriptions d'audiences sur la détermination de la peine dans quarante-trois dossiers de mères qui avaient été condamnées à une peine d'emprisonnement. Dans leur analyse, Minson et Condry relèvent que si les enfants sont parfois mentionnés par les juges en lien avec un adoucissement de la peine, le raisonnement n'est jamais sous-tendu ni par une base

³⁸ Dans le cadre de l'analyse des données, nous ferons dialoguer certains résultats issus de sa recherche avec nos propres observations.

légale, ni par la jurisprudence : il relève plutôt d'un « act of mercy ». Cet élément est à souligner : plutôt que d'ancrer la prise en compte des enfants dans des valeurs liées à l'exercice de la modération en matière pénale, on va l'inclure dans le raisonnement sur la peine via un processus de dévalorisation, présenté comme non juridique ; on accepte de considérer cet élément, tout en le tenant à l'écart du droit.

Enfin, Minson et Condry notent aussi une plus forte propension des juges siégeant en appel à tenir compte des enfants. À cette étape, la mère étant déjà incarcérée, on peut se demander si le caractère concret de la séparation rend alors celle-ci plus visible pour les tribunaux. Étant devenu factuellement observable, cet effet de la peine aurait alors une plus grande probabilité d'entrer dans le champ de vision du/de la juge.

Millar et Dandurand (2018) se sont penchés sur la manière dont les peines sont déterminées lorsqu'un-e justiciable exerce des responsabilités parentales dans les pays de *common law*, à partir de l'étude des cadres légaux et de la jurisprudence. Ils relèvent qu'historiquement, les enfants ont uniquement été pris en considération en tant que facteur d'atténuation de la peine lié à la situation personnelle de l'auteur, leur intérêt propre et leurs droits ayant rarement été jugés pertinents. Les difficultés qu'une sanction pénale peut faire peser sur les personnes dépendantes de la personne condamnée ne sont prises en considération que lorsqu'elles s'avèrent « exceptionnelles » de par leur nature, ce caractère étant apprécié de manière très variable par les tribunaux. Ces constats les amènent à s'interroger, tout comme Minson (2020), sur la prise en compte des droits des enfants, qui s'avère fort rare dans ce contexte.

Toujours dans une perspective juridique, Donson et Parkes (2016) ont observé qu'en Afrique du Sud, en Angleterre et au Pays de Galles, les tribunaux ont créé un espace pour les droits des enfants dans le contexte de la détermination de la peine, notamment quant à la transmission d'informations pertinentes à leur égard. Elles s'interrogent quant à l'opportunité d'adopter une approche similaire en Irlande, où elles remarquent qu'aucun cadre n'existe afin d'en tenir compte d'une manière cohérente ; elles examinent la possibilité d'introduire des « child impact statement » dans le cadre de la procédure irlandaise, et fournissent des pistes quant à la manière dont l'information relative aux

enfants devrait être intégrée lors du *sentencing*. Pour Donson et Parkes, afin de changer la dynamique du processus décisionnel, il importe de reconnaître que la peine infligée à un parent peut affecter négativement les droits de ses enfants.

Sur la même thématique, au Royaume-Uni, Epstein (2013) a analysé la jurisprudence sur la détermination de la peine dans des dossiers où des femmes condamnées avaient un ou plusieurs enfants à charge ; elle conclut que leur intérêt supérieur n'est généralement pas pris en considération par les tribunaux. La recherche de Heeren (2016), menée en Belgique, porte également sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, cela dans le contexte de la détermination et de l'exécution de la peine. Elle a recueilli l'opinion de juges, procureur-e-s et avocat-e-s. La recherche témoigne de la diversité des points de vue quant à la prise en compte des enfants. Elle s'intéresse d'abord à la situation familiale de la personne condamnée et conclut que celle-ci peut influencer le juge « mais [...] n'est généralement pas déterminante » (p. 29), sans préciser si elle réfère à la nature de la peine, à sa durée, ou à d'autres dimensions du *sentencing*.

La perspective adoptée par ces différents travaux, essentiellement orientée vers les droits des enfants ou plus largement les droits de la personne, est très présente dans la littérature européenne (Mégret, 2019) mais on la retrouve également chez Boudin (2011) aux États-Unis : décrivant d'abord les droits légaux dont jouissent les enfants en lien avec la détermination puis l'exécution de la peine, il construit ensuite un argument ancré dans le droit positif américain, qui permet selon lui de tenir compte de la situation des enfants lors de la détermination de la peine. Toujours dans le contexte étasunien, Lerer (2013) a tenté de démontrer comment l'intérêt de l'enfant pourrait (et devrait) être pris en compte dès la détention provisoire jusqu'à l'exécution de la peine, en passant par la détermination de celle-ci. Elle constate que les liens familiaux jouent parfois un rôle au moment de la détermination de la peine, mais que les juges ne les prennent en considération que du point de vue de l'adulte, en limitant leur influence aux seuls cas où le parent détient l'autorité parentale sur son enfant ou endosse une responsabilité économique à son égard.

Abramowicz (2012) souligne quant à elle la grande disparité dans le traitement des enfants des personnes condamnées au moment de la détermination de la peine ; elle préconise de mobiliser une approche ancrée dans le droit de la famille afin de mieux prendre leur existence en considération en s'appuyant notamment sur la notion de « meilleur intérêt de l'enfant ». Encore aux États-Unis, King et Norgard se sont intéressées aux proches dans le contexte des audiences où la personne coupable encourt la peine de mort. Les chercheuses remarquent alors leur grande invisibilité :

[...] the focus on victims' rights overlooks the reality that the death penalty creates another layer of victims – the family and friends of the person condemned to death. Strangely absent from the current dialogue at sentencing is input from the families of those defendants who are facing a possible death sentence. These families suffer severely, either because they are stigmatized or because they are invisible in the process. They usually do not have the support of the community and often suffer “chronic grief”. (1999, p. 1124, nous soulignons)

Dans ce contexte particulier, on remarque encore une fois l'absence de visibilité et d'« écoute » accordées aux proches, qui contraste avec celle fournie aux victimes d'infractions, ces dernières étant en quelque sorte placées dans une position de rivalité avec les proches des personnes condamnées. Pour pallier cela, King et Norgard, qui constatent le grand poids accordé aux « victim impact statement » dans les procédures où la peine de mort est requise³⁹, proposent une forme de rééquilibrage au moyen d'un « defendants' family impact statement » :

Judges and juries in death penalty cases should be allowed to hear from the family members and friends of those on trial for their lives. Juries should hear about the impact an execution will have on the children of the defendant. The jury should hear what has happened to the defendant's spouse, mother, brother, grandchildren, and other loved ones since the defendant was charged with a capital crime. The system should realize that the innocent family members of the defendant are also victimized by the process and that the impact of their loved one's death sentence on their lives is significant. (1999, p. 1124, nous soulignons)

³⁹ Le « victim impact statement » est un outil qui permet aux personnes affectées par une infraction d'évoquer les torts subis en lien avec celle-ci. Au Canada il est prévu à l'article 722 C.cr. Sur son usage dans le contexte canadien, voir notamment Manikis (2015) ; sur sa réception par les juges, voir Dubé et Garcia (2019). En Suisse, les personnes victimes peuvent faire valoir leurs positions et leurs droits en tant que « partie civile » à la procédure.

Cette recherche a le mérite de formuler clairement un aspect fondamental du problème qui nous concerne : le peu de place accordée à la prise en considération des proches lorsqu'il s'agit de choisir une peine qui a un effet extrêmement important sur la personne condamnée, certes, mais aussi sur les membres de son entourage. King et Norgard constatent que le système ne favorise pas la conscientisation des tribunaux quant aux effets de leurs décisions sur les proches de la personne condamnée⁴⁰ ; en revanche, elles n'ont pas exploré la manière dont les actrices et les acteurs appréhendent l'existence des proches, ainsi que l'outil qu'elles proposent d'intégrer dans le droit pour permettre de les visibiliser.

Sans placer au cœur de l'analyse les proches, et les effets potentiels de la sanction pénale *à leur égard*, certains travaux ont observé l'influence de variables associées aux liens familiaux lors de la détermination de la peine. Les liens avec les proches sont alors mis sous la loupe en tant que « composante » du profil de la personne condamnée. Nous présenterons ici quelques travaux ayant observé la détermination de la peine à partir de cette perspective, où c'est l'infracteur/trice qui domine le propos.

Après avoir proposé des cas fictifs à des juges, Daly (1989) tire les constats suivants quant à l'influence des liens familiaux des personnes reconnues coupables : d'abord, leurs relations familiales jouent un rôle indéniable lors de la détermination de la peine, cela tant pour les hommes condamnés que pour les femmes. Ces liens seraient perçus comme constituant un facteur qui diminuerait le risque de bris de probation et impliquerait une forme de protection à cette étape du processus pénal. Deux tiers des juges interviewé-e-s ont mentionné les éventuelles conséquences négatives de l'incarcération pour les proches de la personne coupable. Les liens familiaux sont alors utilisés pour diagnostiquer le potentiel de réhabilitation de la personne coupable. Dans le même sens, Wandall (2008), qui a mené une étude empirique dans des salles d'audience au Danemark, montre que la perception de l'absence de soutien social – liens familiaux et/ou liens d'emploi – influence la décision d'emprisonnement. Les liens familiaux seraient

⁴⁰ Leur enquête a été menée auprès de personnes concernées par la peine de mort infligée à un proche, afin de mieux comprendre leur expérience.

utilisés dans une logique prédictive, pour évaluer le comportement futur de la personne condamnée et ses risques de récidive ; corolairement, les décisions d'emprisonnement seraient construites en s'appuyant sur le profil socialement instable des personnes contrevenantes.

Vanhamme et Beyens (2007) observent qu'une position sociale perçue comme « défavorable » – par exemple le fait de se trouver en situation d'itinérance – peut conduire à accentuer la surreprésentation de personnes issues de groupes marginalisés dans les prisons, ces individus ne pouvant attester d'une famille présente ou d'un employeur soutenant. Ainsi, être *en manque de proches* serait un facteur susceptible d'influencer la décision d'enfermer une personne. Face à ce constat, on peut se demander si, à l'inverse, la présence de proches favorise les peines non carcérales, et, le cas échéant, selon quelles rationalités.

Daly remarque que la division genrée du travail au sein de la famille est tellement prise pour acquise que la préoccupation pour le sort des enfants ne survient que lorsque la personne coupable est une femme. Elle relève que ce ne sont pas les femmes jugées qui font l'objet d'une « protection » particulière de la part des juges, mais bien les enfants et les familles. Ce constat est confirmé par Freiburger (2011) qui, dans une étude quantitative, constate que le fait de vivre avec un enfant influence de manière égale la probabilité d'être incarcéré tant pour les condamnés hommes que pour les femmes. Les juges interviewé-e-s par Daly perçoivent plus facilement les « coûts sociaux de la peine » lorsqu'ils infligent une peine à une femme qu'à un homme, et son analyse tend à montrer que la manière dont les juges construisent ces coûts est marquée notamment par un biais de genre.

La question de la prise en compte des liens avec les proches dans le *sentencing* a beaucoup agité la littérature étasunienne. Elle est a été sujette à controverse dans le cadre de la politique de la *Sentencing Commission* fédérale, en raison d'inquiétudes quant au risque d'accentuation d'inégalités en lien avec la prise en compte de liens familiaux, qui font écho aux observations de Daly (voir Segal, 2001). Pour Kolber (2012), considérant que les parents incarcérés souffriraient plus que les autres détenu-e-s, étant

de fait séparé-e-s de leurs enfants, les traiter de la même manière que les personnes n'ayant pas d'enfants serait plutôt contraire au principe d'égalité de traitement qui exige qu'on traite différemment des situations différentes⁴¹. Enfin, Flavin (2001) a mené une recherche quantitative sur les peines infligées à des contrevenant-e-s noir-e-s aux États-Unis et a observé que les éléments de situation personnelle relatifs aux liens familiaux, et notamment aux enfants, étaient bien plus considérés pour les femmes condamnées que pour les hommes. Pour ces derniers, les facteurs relatifs à l'infraction – comme la gravité de la faute – étaient prédominants.

Ces différents constats permettent d'attirer l'attention sur une valorisation variable des liens sociaux dépendamment de la place « perçue » du coupable dans la société : la prise en compte de ces liens peut être mise au service d'une logique élitiste bourgeoise et « conformiste », disqualifiant les liens sociaux non-conformes et accentuant la marginalisation de certains groupes, considérés artificiellement comme *déjà exclus* de la société⁴². Ainsi, la littérature montre que la prise en compte des liens sociaux des personnes condamnées, et notamment de leurs liens familiaux, peut s'opérer dans une configuration plus discriminatoire qu'inclusive ; paradoxalement, leur mobilisation peut tant conduire à leur mise en péril qu'à leur préservation, la perception d'un isolement relationnel pouvant servir à légitimer le choix d'une peine de prison.

Notons qu'en amont de la détermination de la peine, lors de l'audience relative à la remise en liberté d'une personne prévenue, Vanhamme remarque déjà que la présence de proches peut influencer sur l'issue de la décision : « démontrer l'existence d'un entourage familial confiant et une intégration dans un réseau de personnes socialement valorisables » (2016, p. 51) va faciliter l'acceptation d'une remise en liberté. Dans le contexte de l'exécution de la peine, de Larminat (2014) pose un constat similaire en ce qui concerne les permissions de sortie, qui seraient plus souvent octroyées aux personnes pouvant attester de liens familiaux. Quant aux modalités d'exécution de la

⁴¹ Dans le même sens, voir aussi Abramowicz (2012).

⁴² Dans le même sens, Pires, Landreville et Blankevoort observent « la croyance ou l'illusion que les membres de certaines couches du prolétariat n'ont rien à perdre avec l'expérience pénale ou qu'ils sont moins pénalisés que ceux issus de la bourgeoisie » (1981, p. 330).

peine, il s'interroge sur le mécanisme des libérations conditionnelles parentales, qui permet d'octroyer celle-ci de manière anticipée aux personnes ayant l'autorité parentale d'un enfant de moins de dix ans :

[...] on ne saisit pas forcément très bien si le sens d'un tel aménagement est d'éviter de défavoriser les enfants en raison de l'incarcération d'un de leurs parents, ou si c'est le simple fait d'avoir à s'occuper de ses enfants qui est perçu en soi comme un facteur d'intégration sociale et de prévention de la récidive. (2014, par. 19)

Ce dernier extrait fait écho au questionnement de Mégret évoqué précédemment : qui sont réellement les bénéficiaires de l'intérêt témoigné ici par une agence pénale à l'égard des proches ? Quelles sont les logiques derrière cette prise en compte ?

Nos différentes incursions dans la littérature nous permettent de poser le constat suivant : les recherches existantes se concentrent sur la prise en compte des liens sociaux des personnes condamnées, et non sur celle des *proches eux-mêmes*. Encore une fois, la manière dont ces personnes existent – ou non – pour les actrices et les acteurs dans le contexte de la détermination de la peine demeure non abordée dans la littérature.

L'exercice de détermination d'une peine est un exercice fort complexe relevant de différents facteurs, dont l'un est incontournable : la norme légale. Ainsi, après avoir décrit les connaissances produites par la littérature sur la prise en considération des proches et des liens sociaux de la personne condamnée au moment du choix de la peine, nous présenterons maintenant le point de vue de la loi à cet égard. Ces proches, ces liens sont-ils visibilisés par la loi et les principes juridiques susceptibles d'encadrer les décisions des acteurs et actrices judiciaires responsables de la détermination de la peine ?

Dans la prochaine section, nous observerons *comment le législateur observe* les « proches », et les effets des peines sur ces personnes, le cas échéant. Précisons que nous ne traiterons pas exhaustivement des cadres juridiques applicables au Canada et en Suisse en matière de détermination des peines. L'approche de recherche mobilisée dans cette thèse, qui sera explicitée plus amplement dans le chapitre méthodologique (chapitre 3), est une recherche empirique en droit ; dans une telle approche, les matériaux

juridiques sont observés comme des *données empiriques*, et ne sont pas considérés dans un rapport hiérarchique avec les pratiques des acteurs et actrices du droit. La présentation de la loi et de certains éléments jurisprudentiels aura uniquement pour objectif d'observer le traitement réservé aux proches par les législateurs, de comprendre comment leur existence est problématisée, le cas échéant.

1.3.3 Les proches dans le contexte de la détermination de la peine : le point de vue de la loi

Plusieurs chercheuses ont constaté le silence des politiques publiques relativement aux difficultés rencontrées par les proches des personnes incarcérées ; elles décrivent notamment – et déplorent – l'invisibilité des proches dans le cadre des politiques pénales, carcérales et sociales (voir Knudsen, 2019 ; Lehalle, 2017 ; Minson, 2020 ; Saussure, 2019a et 2019b). Pour la détermination de la peine, l'invisibilité des enfants des personnes condamnées est particulièrement soulignée par Millar et Dandurand au Canada (2018) et par Minson et Condry en Angleterre et au Pays de Galles (2015).

Pour Ricordeau, « [c]ette négligence des politiques publiques reflète l'attitude du système pénal, qui ne s'intéresse aux proches des justiciables que lors de leur condamnation et à l'approche de leur libération » (2019b, p. 122). À partir de cette affirmation, et afin de contextualiser juridiquement l'environnement de cette recherche, nous allons maintenant nous intéresser au contexte légal qui encadre la prise de décision en matière de peine au Canada et en Suisse⁴³. Les politiques publiques de ces États s'intéressent-elles réellement aux proches des justiciables au moment de la condamnation ? Le cas échéant, comment cet « intérêt » se manifeste-t-il ? En décrivant les contextes légaux canadien (1.3.3.1) et suisse (1.3.3.2), nous observerons pour chacun la place faite aux proches dans le contexte de la détermination peine. Cette portion descriptive permettra de saisir l'environnement normatif dans lequel œuvrent les juges qui déterminent les peines dans ces deux pays, et qui participeront au volet empirique de cette recherche.

⁴³ Les législations de ces deux pays seront mises sous la loupe car les entretiens y ont été menés. Nous décrirons les motifs justifiant ce choix dans le chapitre méthodologique (3), section 3.2.3.

Avant cela une précision s'impose, liée aux traditions juridiques dans lesquelles s'inscrivent le droit criminel canadien et le droit pénal suisse, qui diffèrent. Au Canada, le droit criminel suit les principes de la *common law*. Dans cette tradition juridique, un silence législatif n'a pas les mêmes conséquences que dans un système de droit continental ; la jurisprudence joue un rôle supplétif, mais central et déterminant, en matière législative au Canada, ce qui n'est pas le cas pour le droit pénal suisse, issu du droit continental. Considérant cette spécificité du droit canadien, et le rôle particulier que la jurisprudence joue dans ce contexte, la section consacrée à la loi canadienne intégrera certains éléments de jurisprudence, qui complètent l'encadrement de la détermination des peines prévu par le *Code criminel* canadien [ci-après : C.cr.] sur le plan des sources formelles du droit.

1.3.3.1 Le contexte légal canadien : le point de vue du *Code criminel*

Nous décrirons dans cette section la manière dont les proches sont appréhendés dans le contexte légal canadien encadrant la détermination de la peine, puis nous élargirons le regard en observant la place des liens sociaux de la personne condamnée dans ce contexte (1.3.3.1.1) ; nous présenterons ensuite des éléments de jurisprudence spécifiques à la prise en compte des effets des peines sur les proches (1.3.3.1.2).

1.3.3.1.1 La détermination de la peine dans le *Code criminel* : une absence de thématisation des effets des peines sur les proches

D'un point de vue législatif, les principes qui régissent la détermination des peines au Canada figurent dans la partie XXIII du *Code criminel*, aux articles 716 et suivants. Une lecture exhaustive de ces articles permet d'observer qu'aucune disposition n'évoque le fait que la personne condamnée puisse avoir des proches qui sont susceptibles d'être affectés par la peine ; de ce point de vue-là donc, les proches sont absents de la loi, et les effets que la peine peut impliquer pour eux ne sont pas problématisés. Si le fait de pouvoir être affecté par la peine n'est pas visible, le fait de pouvoir être affecté par l'infraction en tant que « proche » l'est néanmoins : parmi les facteurs d'aggravation de la peine, listés (non-exhaustivement) à l'article 718.2 a) C.cr., l'alinéa 718.2 a) ii) C.cr. prévoit que les mauvais traitements infligés par un-e justiciable à l'égard de son époux/son

épouse ou de son conjoint/sa conjointe de fait constituent des circonstances aggravantes. Ici, le lien de proximité familiale unissant l'auteur/trice et la victime de l'infraction sert à justifier une plus grande sévérité de la peine⁴⁴.

La lecture de la partie XXIII du *Code criminel* montre donc que la visibilité des proches en son sein répond à une géométrie variable, dont les variations s'articulent autour de la place occupée par ces personnes dans le contexte de la commission de l'acte : lorsqu'ils ont été touchés directement par l'infraction, les proches sont visibles dans la loi. Dans le cas contraire, ils sont absents. Sans ce statut particulier de *victime*, les proches demeurent derrière un voile d'invisibilité ; ce sont l'infraction et ses conséquences qui se situent au centre des préoccupations du législateur. De plus, la visibilité offerte aux proches est corrélée à la légitimation d'une répression accrue – infliger une peine plus sévère à l'auteur/l'autrice qui a atteint un proche –, et non pour justifier l'infliction d'une peine plus modérée en raison des effets que celle-ci pourrait impliquer.

Hormis ce cas de figure, l'existence des proches n'est pas visible dans le cadre légal canadien de la détermination de la peine, et les effets que la peine peut impliquer pour eux n'y sont pas problématisés.

Au-delà de la partie XXIII, il est intéressant d'observer la place faite aux proches dans des dispositions du *Code criminel* qui sont liées à la condamnation et à l'infliction d'une sanction, sans faire partie du cadre légal de la détermination de la peine à proprement parler. Notre attention a été retenue par les dispositions relatives à l'ordonnance de confiscation qui vise des biens infractionnels, prévue à l'article 490.41 C.cr. Plus particulièrement s'agissant d'une maison d'habitation qui s'apprête à être confisquée à ce titre, le *Code criminel* prévoit que les personnes qui l'occupent et qui sont des membres de la famille immédiate de la personne accusée doivent être avisées de la confiscation et

⁴⁴ À cela s'ajoute depuis peu l'article 718.201 C.cr., qui s'applique spécifiquement aux infractions de mauvais traitement infligés à l'égard d'un partenaire dit « intime », donc à des personnes qu'on peut décrire comme étant proches de l'auteur ou de l'autrice de l'infraction. Sans nommer cet élément comme une circonstance aggravante en tant que telle, cette nouvelle disposition, qui a vu le jour dans le contexte d'une volonté accrue de lutter contre la violence domestique, prévoit que les tribunaux doivent dorénavant prendre en considération « la vulnérabilité accrue des victimes de sexe féminin, en accordant une attention particulière à la situation des victimes autochtones de sexe féminin ».

doivent être entendues ; l'alinéa 490.41 (4) a) C.cr. précise que, dans ces situations, le tribunal prend en compte

[...] l'effet qu'aurait la confiscation à l'égard d'un membre de la famille immédiate de la personne accusée ou reconnue coupable de l'infraction, si la maison était la résidence principale de ce membre avant que l'accusation soit portée et elle continue de l'être par la suite ;

Ici, la loi oblige les tribunaux à considérer les effets potentiels de la confiscation sur certains proches ; on voit donc s'ouvrir une brèche à travers laquelle pénètrent les membres de la famille rapprochée de la personne condamnée, qui deviennent visibles. Cette brèche, même si elle est unique et ne concerne pas une peine à proprement parler⁴⁵, est fort importante à souligner parce qu'elle témoigne d'une capacité du droit criminel à *voir* le problème des effets que la réaction pénale peut exercer sur les proches. Le *Code criminel* offre ici une prise pour considérer les effets de son application sur des tiers. Le fait qu'elle surgisse en lien avec un moyen d'intervention dont la nature n'est pas prioritairement punitive, dans un cadre annexe à la détermination de la peine, interpelle particulièrement : c'est lorsqu'on se situe en dehors du cadre strict de la peine que les risques associés à la réaction pénale sont, de manière singulière, mis en lumière. On peut alors formuler l'hypothèse que c'est parce que le système de droit criminel sort de ce cadre punitif qu'il est en mesure de *voir* quelque chose de nouveau, qui demeure dans son angle mort lorsque les idées punitives associées à la peine sont présentes. Nous y reviendrons lorsque nous présenterons les outils théoriques qui seront mobilisés dans cette recherche⁴⁶.

Considérant la visibilité extrêmement réduite des proches dans la loi criminelle canadienne, et plus particulièrement dans le cadre de la détermination de la peine, il est intéressant d'élargir le regard et d'observer plus largement les dispositions où, dans ce

⁴⁵ Dans l'arrêt *R. c. Craig* (2009), la Cour suprême s'est penchée sur la question de savoir si l'ordonnance de confiscation prévue par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* était une peine. Le raisonnement adopté par la Cour nous semble s'appliquer à l'ordonnance de l'article 490.41 C.cr. : « [40] L'examen portant sur la détermination de la peine est axé sur la situation particulière du délinquant, alors que dans le cas de l'ordonnance de confiscation, on s'attache principalement au bien lui-même ainsi qu'à son rôle dans des crimes passés et futurs. [...]. [41] [L]a confiscation constitue une conséquence rattachée à la peine infligée pour l'infraction, sans pour autant se confondre avec elle. »

⁴⁶ Voir le chapitre 2.

contexte spécifique, les *liens sociaux* des personnes condamnées sont visibles. Cet examen permettra également de décrire plus amplement l'articulation du cadre légal de la détermination de la peine au Canada, à des fins didactiques.

La disposition qui fixe les *objectifs* du prononcé des peines est l'article 718 C.cr. :

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants :

- a) dénoncer le comportement illégal et le tort causé par celui-ci aux victimes ou à la collectivité ;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions ;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société ;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants ;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité ;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes ou à la collectivité.

Comme le remarque Lachambre, cette disposition, intégrée lors de la réforme de la détermination de la peine en 1996, est « un *amalgame* entre différents objectifs et principes » (2013, p. 29, emphase de l'auteur). Les trois premiers objectifs (alinéas a), b) et c)) sont décrits par la jurisprudence comme étant *punitifs*, alors que les trois derniers (alinéas d), e) et f)) comme étant *correctifs* (*R. c. Gladue*, 1999). La Cour suprême a souligné l'absence de hiérarchie entre ces différents objectifs : « [a]ucun objectif de détermination de la peine ne prime les autres. Il appartient au juge qui prononce la sanction de déterminer s'il faut accorder plus de poids à un ou plusieurs objectifs, compte tenu des faits de l'espèce » (*R. c. Nasogaluak*, 2010, par. 43). Dans le même paragraphe, la Cour rappelle également que « le prononcé d'une peine " juste " reste un processus individualisé, qui oblige le juge à soupeser les objectifs de détermination de la peine de

façon à tenir compte le mieux possible des circonstances de l'affaire » : il s'agit du principe d'individualisation de la peine (R. c. *Proulx*, 2000).

L'objectif pénologique prévu à l'alinéa 718 d) C.cr. est le seul qui laisse apparaître le fait que la personne condamnée puisse entretenir des relations sociales : la sanction doit ainsi « favoriser la réinsertion sociale des délinquants » (nous soulignons). En revanche, l'emploi de l'expression *réinsertion sociale* évoque l'idée que la personne contrevenante⁴⁷ serait « désinsérée » de la société, qu'elle en serait préalablement sortie ; ses liens sociaux apparaissent comme ayant déjà été coupés, ou à tout le moins fragilisés, et la condamnation est présentée comme constituant *de facto* un symptôme de désinsertion sociale⁴⁸. Ainsi, le cadre légal de la détermination de la peine au Canada laisse apparaître en filigrane l'idée soutenue tant par Rousseau que par Kant voulant que « le criminel s'exclue du contrat social » (Robert, 2001, p. 10). Pires a décrit comment l'outil qu'est le Contrat social a constitué un changement de paradigme dans la perception du transgresseur, passant de l'« ennemi du roi » à l'« ennemi de tous » (Pires, 2008a) ; cette perspective demeure présente dans les principes qui fondent la peine au Canada.

Pour déterminer la peine, le raisonnement que doit opérer le tribunal s'articule autour du principe de proportionnalité, celle-ci représentant selon la jurisprudence de la Cour suprême « la condition *sine qua non* d'une sanction juste »⁴⁹ : d'après l'article 718.1 C.cr., titré *Principe fondamental*, « [l]a peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant » (nous soulignons). La Cour suprême a précisé qu'aucun de ces éléments ne doit primer sur l'autre (R. c. *Ipeelee*, 2012), et que le principe de proportionnalité doit conduire à déterminer une peine « qui dénonce l'infraction et qui

⁴⁷ Le *Code criminel* utilise le terme « délinquant » pour nommer l'auteur ou l'autrice d'une infraction ; nous choisissons de ne pas emprunter ce terme, qui à une connotation péjorative.

⁴⁸ Cet élément peut être mis en parallèle avec les observations de Pires quant à la « polarisation " criminel vs société " » dans le système de droit criminel moderne, c'est-à-dire le fait que « l'on figure le déviant comme étant, par son acte, en dehors de la société ou en rupture avec elle » (2001a, p. 166, emphase de l'auteur).

⁴⁹ R. c. *Ipeelee* (2012), par. 37.

punit le délinquant sans excéder ce qui est nécessaire » (*R. c. Nasogaluak*, 2010, par. 42)⁵⁰.

L'article 718.2 C.cr. prévoit quant à lui une liste de principes non exhaustifs, dits « secondaires », de détermination de la peine (*R. c. Nasogaluak*, 2010). Parmi ces principes, citons notamment l'adaptation de la peine aux circonstances atténuantes ou aggravantes « liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant » (art. 718.2 a) C.cr.) ; le principe de l'harmonisation des peines ou principe de « parité » (art. 718.2 b) C.cr.), qui prévoit l'infliction de « peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables » ; le principe de « retenue judiciaire » ou de « modération dans le recours à l'emprisonnement », prévu à l'alinéa 718.2 d) C.cr, qui prévoit que la peine d'emprisonnement doit demeurer une mesure d'exception et qu'elle est la sanction de dernier recours (Parent et Desrosiers, 2020 ; voir aussi *R. c. Sharma*, 2019 et *R. v. Hamilton*, 2004). Enfin, l'alinéa 718.2 e) C.cr. reprend le principe de modération prévu à l'alinéa 718.2 d), en exigeant d'examiner « toutes les sanctions substitutives [à l'enfermement] qui sont raisonnables dans les circonstances et qui tiennent compte du tort causé aux victimes ou à la collectivité ». Cette disposition commande de porter une attention spécifique à la situation des personnes autochtones, qui sont surreprésentées dans les prisons au Canada (Parent et Desrosiers, 2020)⁵¹.

L'article 718.1 C.cr. se concentre sur l'acte, et sur la personne jugée responsable pour celui-ci ; il ne contient aucune trace des liens sociaux de la personne condamnée. Ces liens vont cependant apparaître à l'article 718.2 a) C.cr., qui prévoit que « la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant ; [...] ». Sans être explicite à cet égard,

⁵⁰ Pour des explications détaillées sur les deux variables du principe de proportionnalité en droit canadien, voir Parent et Desrosiers (2020), notamment aux pages 50 et suivantes.

⁵¹ D'après la jurisprudence, cette disposition a « modifié la méthode d'analyse que les juges doivent utiliser pour déterminer la peine appropriée pour des délinquants autochtones [en tenant] compte des circonstances particulières dans lesquelles se trouvent les autochtones » (*R. c. Gladue*, 1999, par. 75). Une étude de Denis-Boileau et Sylvestre (2016) a toutefois montré la forte résistance des juges à faire usage de cette disposition, et à exploiter le potentiel innovateur issu de l'arrêt *R. c. Ipeelee* (2012) pour réduire le recours à l'emprisonnement, malgré le fort appel à la créativité lancé dans cet arrêt.

l'expression « situation du délinquant » permet toutefois d'apercevoir une porte d'entrée à la considération d'éléments liés à la situation familiale de la personne condamnée et/ou à des éléments liés à ses liens sociaux⁵².

Le *Code criminel* liste ensuite plusieurs facteurs d'aggravation de la peine, dont deux qui sont directement en rapport avec les liens sociaux des contrevenants⁵³ : d'abord, l'alinéa 718.2 a) iii) C.cr. prévoit que les infractions impliquant un abus de confiance ou d'autorité vis-à-vis de la victime constituent des circonstances propres à aggraver la peine ; ici, le lien de confiance ou d'autorité existant entre deux individus commande une aggravation de la peine. Ensuite, l'alinéa 718.2 a) (iv) C.cr. crée une circonstance aggravante pour les infractions commises au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle, ou en association avec elle : ici, certains liens sociaux considérés comme illégaux servent également à l'aggravation de la peine.

Quant aux facteurs d'atténuation de la peine au Canada, il est intéressant de noter que contrairement aux dispositions prévues par le *Code pénal suisse*, le *Code criminel* ne mentionne pas les facteurs qui doivent ou peuvent être considérés par les tribunaux pour atténuer la peine⁵⁴. Il n'existe donc aucune contrainte légale pesant sur les *motifs* d'atténuation, ce qui leur laisse une large marge d'appréciation à cet égard. Celle-ci représente un espace *possible* pour inclure les effets de la peine sur les proches dans la réflexion relative à la peine. Les entretiens permettront d'observer si et dans quelle mesure le mutisme de la loi quant aux facteurs atténuants est exploité par les actrices et les acteurs en lien avec l'existence des proches.

Après ces principes généraux, le *Code criminel* énumère, à l'article 718.21 C.cr., les facteurs à prendre en considération lorsque la peine est infligée à une organisation. Dans cet article, on voit émerger une forme de « liens sociaux » : les liens d'emploi entretenus par l'organisation reconnue coupable avec ses employé-e-s. En vertu de l'alinéa (d) de

⁵² Nous y reviendrons dans la prochaine sous-section, où nous ferons une incursion dans la jurisprudence.

⁵³ Nous omettons ici volontairement l'alinéa 718.2 a) ii) C.cr., déjà évoqué dans la sous-section précédente.

⁵⁴ Nous y reviendrons dans la section 1.3.2.2, où nous verrons que le *Code pénal* fournit une liste exhaustive des facteurs atténuants pouvant être considérés par les tribunaux lors de la fixation de la peine.

cette disposition, le tribunal doit tenir compte, lorsqu'il choisit la peine dite *appropriée*, de « l'effet qu'aurait [celle-ci] sur la viabilité économique de l'organisation et le maintien en poste de ses employés ». L'effet potentiel d'une peine *sur des liens d'emploi* constitue donc un facteur légal pertinent aux fins de déterminer la peine infligée à une organisation⁵⁵. Cet élément fait de l'alinéa 718.21 d) C.cr. la *seule disposition*, au sein des principes encadrant la détermination de la peine (chapitre XXIII du *Code criminel*), à *considérer explicitement les implications que l'infliction d'une peine pourrait avoir sur certains liens sociaux*, en l'occurrence des liens d'emploi. La loi témoigne ici d'une préoccupation différentielle pour les liens sociaux, certains étant visibles et présentés comme pertinents aux fins de déterminer la peine, comme les liens d'emploi, d'autres demeurant invisibles, comme les liens familiaux. Une sélection est à l'œuvre.

En dehors des quelques éléments relevés dans cette section, les liens sociaux des personnes condamnées sont absents du contexte législatif de la détermination de la peine. Du point de vue de la loi, ces liens jouent donc un rôle extrêmement marginal à cette étape ; le *Code criminel* n'invite pas les tribunaux à porter leur attention sur ces liens, et encore moins sur l'existence des proches qui pourraient être atteints par la sanction. Les risques associés aux effets d'une peine semblent visibles uniquement lorsque celle-ci vise *une personne morale*. Dans ces cas-là, la loi invite spécifiquement les tribunaux à observer ces effets et à les considérer dans leur raisonnement. Les effets économiques et sociaux des peines infligées aux entreprises font partie des critères formels à examiner pour déterminer ces peines. À l'inverse, les effets économiques, relationnels, psychologiques et sociaux d'une peine infligée à *un être humain* demeurent absents du cadre légal de la détermination de la peine. Ce silence du *Code criminel* donne raison à la littérature qui reproche aux politiques pénales de ne pas prêter attention à leur existence.

⁵⁵ Même si le *Code criminel* n'exprime pas clairement la manière dont ce critère peut ou doit être appliqué, il ressort de l'économie du texte ainsi que de la jurisprudence et la doctrine (voir Collins Hoffman et Pinsonnault, 2014) que ce critère doit être mobilisé en faveur de l'atténuation de la sanction, lorsque pertinent.

Outre cela, la détermination de la peine se caractérise par une grande discrétion offerte aux tribunaux, qui demeure encadrée par des balises⁵⁶. Le pouvoir discrétionnaire des juges en matière de peine implique que même face à une « fourchette » jurisprudentielle de peines, ils/elles demeurent tenu d'exercer leur pouvoir discrétionnaire, et demeurent libres de déroger à cette fourchette si les circonstances le justifient⁵⁷ (voir aussi Parent et Desrosiers, 2020) ; le seul fait qu'un tribunal de première instance se soit éloigné d'une fourchette ne suffit pas pour justifier l'intervention de la Cour d'appel sur une peine (*R. c. Lacasse*, 2015).

Si les effets des peines sur les proches et les liens sociaux ne sont pas thématiques par le cadre légal de la détermination de la peine au Canada, cette discrétion laisse une place *possible* pour considérer leur existence au moment du choix de la sanction, cela d'autant plus dans un contexte de *common law*, où, rappelons-le, les tribunaux jouent un rôle supplétif, mais déterminant en matière législative. Considérant cela, nous présenterons brièvement différentes manières de problématiser ces effets dans la jurisprudence canadienne.

⁵⁶ Nous avons décrit ce pouvoir et les grandes lignes de son interprétation jurisprudentielle au Canada dans la section 1.3.1 ; voir notamment *R. c. Nasogaluak* (2010), *R. c. Ipeelee* (2012) et *R. c. Lacasse* (2015).

⁵⁷ Au Canada, le corpus jurisprudentiel pour des cas apparentés sert à établir la « fourchette » des peines en lien avec l'infraction en cause (voir Lutes, 2020 ; voir aussi Dubé, 2017, qui distingue entre la fourchette politique ou législative – la sévérité maximale prévue par la loi, et parfois la sévérité minimale –, et la fourchette judiciaire, qui prévoit d'autres maximums et minimums). Garcia et Dubé définissent ainsi cette notion : « L'expression "fourchette" de la peine (range) est utilisée par les acteurs judiciaires pour caractériser les barèmes en usage pour le cas de figure, dans un but d'harmonisation des peines. Les "fourchettes" de peines peuvent être mobilisées avec plus ou moins de flexibilité ; elles sont parfois perçues comme une indication historique de la peine usuelle dans des cas concrets similaires, parfois comme un carcan qui limite indûment le pouvoir discrétionnaire de déterminer la peine adéquate » (2019, note 61).

D'un point de vue jurisprudentiel, d'après la Cour suprême du Canada, « bien [que les fourchettes de peines] soient utilisées principalement dans un but d'harmonisation, elles reflètent l'ensemble des principes et des objectifs de la détermination de la peine. [Elles] ne sont rien de plus que des condensés des peines minimales et maximales déjà infligées, et qui, selon le cas de figure, servent de guides d'application de tous les principes et objectifs pertinents. Toutefois, ces fourchettes ne devraient pas être considérées comme des "moyennes", encore moins comme des carcans, mais plutôt comme des portraits historiques à l'usage des juges chargés de déterminer les peines. Ces derniers demeurent tenus d'exercer leur pouvoir discrétionnaire dans chaque espèce » (*R. c. Lacasse*, 2015, par. 57 ; dans le même sens, voir *R. c. Nasogaluak*, 2010).

1.3.3.1.2 Les effets des peines sur les proches : brève incursion dans la jurisprudence canadienne

[...] Canadian sentencing judges have broad authority to consider collateral consequences.

LISA KERR (2020)

Dans une recherche exploratoire (Saussure, 2019b), nous avons observé que la prise en compte de certains effets des peines sur les proches est parfois visible dans la jurisprudence canadienne, quoiqu'elle s'avère non systématique, et non systématisée.

Avant l'arrêt *R. c. Pham*, rendu par la Cour suprême en 2013, les tribunaux canadiens problématissent parfois les effets vécus par les proches, selon deux perspectives différentes. Selon la première, les tribunaux considèrent que ces effets découlent essentiellement du comportement de la personne condamnée, et qu'il s'agissait donc d'une conséquence *de l'acte*⁵⁸. On l'observe par exemple dans la décision *R. v. Spencer* (2004), où le tribunal s'exprime ainsi quant à la souffrance des enfants dont le parent a commis une infraction : « It is a grim reality that the young children of parents who choose to commit serious crimes necessitating imprisonment suffer for the crimes committed by their parents » (par. 46, nous soulignons). Les souffrances des enfants sont présentées comme une conséquence inéluctable du comportement délictuel de leur parent, comportement qui s'inscrirait nécessairement dans un *choix* ; les conséquences de la prison demeurent dans un angle mort. L'infracteur/trice serait l'unique personne à blâmer, pour l'acte commis, mais également pour la peine infligée en réaction à ce dernier. Ce

⁵⁸ Nous verrons dans la section 5.1 que cette perspective est extrêmement présente dans le matériel récolté durant les entretiens.

type de raisonnement apparaît souvent dans la jurisprudence⁵⁹. On peut dire que dans cette problématisation, le résultat matériel *de l'acte* (les conséquences du « crime ») est utilisé pour légitimer le résultat matériel *de la réaction à cet acte* (les conséquences de la sanction).

Selon la seconde perspective, les tribunaux intègrent les effets de la peine sur les proches dans l'examen des circonstances atténuantes et de la situation personnelle de la personne condamnée. Ce raisonnement est axé essentiellement autour de la gravité de l'infraction et du degré de responsabilité du « délinquant »⁶⁰. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Bunn* (2000), la Cour suprême a considéré comme atténuant le fait que la personne condamnée doive pourvoir aux besoins de sa fille et de son épouse, qui était atteinte de la sclérose en plaques et invalide. Plus récemment, dans *R. c. Landry* (2016), le tribunal considéra comme des facteurs atténuants la relation de couple stable de l'accusé et le fait que ce dernier avait deux enfants ayant des problèmes de santé ; il refusa d'appliquer la peine minimale d'un an d'emprisonnement prévue pour l'infraction reprochée et la déclara contraire à l'article 12 de *la Charte canadienne des droits et libertés*, précisant qu'une telle peine aurait des conséquences totalement disproportionnées sur l'accusé et sur sa famille (par. 46).

Depuis l'arrêt *R. c. Pham* (2013), une troisième manière de problématiser les effets de la peine sur les proches peut être observée dans la jurisprudence : les tribunaux les décrivent parfois comme étant des « conséquences collatérales » ou « indirectes » de la

⁵⁹ Voir à titre d'exemples : *R. c. Obodzinski* (2019), où le tribunal considère que le manque de soutien vécu par des adolescents qui fait suite à l'incarcération d'un de leur parent est imputable au comportement de l'auteur/trice de l'infraction, et non à la sévérité de la loi (par. 223) ; *R. v. Newson* (2008, par. 18) : « It is often the case that a parent's criminal offending creates hardship for members of the family. That children are often deprived of parental guidance and care when a parent is incarcerated is inevitable in cases of serious offending by a parent. [...] [The accused] faces a significant period of incarceration. Separation from his daughter is one of the hard realities of the situation [the accused] has created, and not one that may be cured in the circumstances before us » (nous soulignons) ; *R. v. Upright* (2020) : « It is questionable whether Ms. Upright's separation from her infant is a true collateral consequence. [...] The sad fact is that many offenders leave behind children, dependent partners or ill and aged parents. This is an inevitable consequence of serious criminal behaviour for which a penitentiary sentence is warranted. [...] » (par. 15).

⁶⁰ Voir le principe de la proportionnalité de l'article 718.1 C.cr. et l'article 718.2 a) C.cr., qui prévoit une adaptation de la peine en fonction des « circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant », tel que nous l'avons présenté dans la section précédente. Voir également la section 6.2.1.2, où nous aborderons cette problématisation dans les points de vue des juges.

peine. Dans cet arrêt unanime, la Cour suprême s'est penchée sur la prise en considération des conséquences de la peine en matière d'immigration⁶¹. Sous la plume du juge Wagner, la Cour définit les « conséquences indirectes de la peine » (ou « collateral consequences » dans la version anglaise) de la manière suivante :

[...] les conséquences indirectes découlant d'une peine s'entendent de tout effet qu'a celle-ci sur le délinquant concerné. Elles peuvent être prises en compte dans la détermination de la peine en tant que facteurs liés à la situation personnelle du délinquant. Cependant, ces conséquences ne constituent pas, à proprement parler, des facteurs atténuants ou aggravants, puisque, par définition, de tels facteurs se rattachent uniquement à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant (al. 718.2a) du *Code criminel*). Leur pertinence découle de l'application des principes d'individualisation et de parité. Les conséquences indirectes pourraient également être pertinentes à l'égard de l'objectif de la détermination de la peine qui consiste à favoriser la réinsertion sociale des délinquants (al. 718d) du *Code criminel*). En conséquence, lorsque deux peines sont appropriées eu égard à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant, la peine qui convient le mieux pourrait être celle qui favorise le plus la réinsertion sociale de ce dernier. (2013, au par. 11, nous soulignons)

Ici, la Cour suprême inscrit la notion de « conséquences indirectes de la peine » à *l'extérieur* de l'examen des circonstances atténuantes ou aggravantes, dans une logique différente, soutenue par trois principes : l'individualisation de la peine, le principe de parité et l'objectif de réinsertion sociale. Si la notion est ici définie largement (« tout effet qu'à [la peine] »), la Cour circonscrit les conséquences indirectes à celles touchant la personne à qui la peine est destinée juridiquement (« sur le délinquant concerné »).

Quelques années plus tard, la Cour suprême, sous la plume du juge Moldaver, a réaffirmé l'importance de la notion de « conséquences collatérales » dans l'arrêt *R. c. Suter* (2018) et a élargi cette notion à des conséquences qui ne sont pas liées aux actions de l'État⁶². La Cour y confirme la manière de considérer les « conséquences collatérales » décrite dans *Pham*, c'est-à-dire en les maintenant en dehors de l'examen des circonstances

⁶¹ Nous n'entrerons pas ici en détail sur les circonstances de cette affaire. Pour une analyse détaillée de cet arrêt, voir Monkman (2014).

⁶² Voir les par. 46 et 47 de l'arrêt. Pour une analyse détaillée de ce dernier, voir notamment Boisvert (2020).

atténuantes et aggravantes⁶³ ; elle continue d'observer uniquement les conséquences qui touchent la personne condamnée.

Toutefois, la notion de « conséquences collatérales » ou « indirectes » de la peine développée dans *Pham* – et réitérée dans *Suter* – a été utilisée par la jurisprudence pour justifier la prise en compte des conséquences de la peine *sur des tiers*, et non seulement sur le/la destinataire juridique de la sanction : dans la décision *R. c. Stanberry* (2015), que nous utiliserons pour construire l'hypothèse de départ en dialogue avec notre cadre théorique⁶⁴, le tribunal s'est appuyé sur *Pham* pour considérer les « conséquences collatérales de la peine » sur les filles de Madame Stanberry, élargissant le cadre élaboré par la Cour suprême :

[20] [...] [T]hese collateral consequences will be direct and they will endure with great force not only for the duration of the term of imprisonment but beyond its expiry. They will entail what can only be described today as incalculable adverse effects both for the offender and her children. They are properly regarded, as the Court said in *Pham*, as “personal circumstances of the offender.” The collateral consequences in this case will certainly magnify the severity of the sentence and for this reason they must be taken into account.

Cet élargissement a été repris dans la jurisprudence subséquente : plusieurs décisions se sont appuyées sur *Pham* et/ou *Suter* et sur *Stanberry* pour justifier la prise en considération des « conséquences collatérales de la peine » sur des proches, dans la détermination de la peine juste et appropriée. Par exemple, dans *R. v. L.C.* (2022), le tribunal s'appuie sur tous ces jugements pour affirmer : « [...] I accept that it is open to a

⁶³ Voir le par. 48 : « Bien qu'elles ne constituent pas nécessairement des facteurs "aggravants" ou "atténuants" au sens de l'al. 718.2a) du *Code criminel* — puisqu'elles ne se rattachent pas à la gravité de l'infraction ou au degré de responsabilité du délinquant — les conséquences indirectes sont néanmoins liées à la "situation personnelle du délinquant" [...] Leur pertinence découle, en partie, de l'application des principes d'individualisation et de parité en matière de détermination de la peine [...]. La question n'est pas de savoir si les conséquences indirectes diminuent la culpabilité morale du délinquant ou la gravité de l'infraction, mais si, du fait de telles conséquences, une peine donnée aurait une incidence plus importante sur le délinquant en raison de sa situation. Les délinquants semblables devraient recevoir un traitement semblable et il est possible qu'en raison de conséquences indirectes, un délinquant ne soit plus "semblable" aux autres et qu'une peine donnée devienne non indiqué » (nous soulignons).

⁶⁴ Voir la section 2.3.

sentencing judge to consider both collateral family consequences of family separation on the offender, as well as on the children themselves » (par. 22, nous soulignons)⁶⁵.

Encore plus récemment, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a élaboré sur la manière de prendre en compte les conséquences de la prison sur la relation qui unissait un père condamné et son fils : dans *R. v. Hussey-Rodrigues* (2024), le tribunal s'est appuyé sur *Pham, Suter, Stanberry* et également sur *R. v. L.C.* pour prendre en compte les effets d'une éventuelle séparation par la prison. Il a également mobilisé l'article 726.1 C.cr. pour soutenir la prise en compte des conséquences collatérales, une disposition qui avait, à notre connaissance, rarement été citée auparavant dans ce contexte :

[58] Consideration of collateral consequences is comprehended within s. 726.1 of the Code. This provision mandates that sentencing judges consider "any relevant information" placed before the court by or on behalf of the Crown or the offender [...].⁶⁶

Une autre « nouveauté » par rapport aux exemples cités ci-haut est visible dans *R. v. Hussey-Rodrigues* (2024), relativement à la prise en compte des effets de la prison sur les enfants ; elle a trait aux intérêts protégés par cette prise en compte :

[65] The evidence as a whole satisfies me that it would be a significant loss for his son if Mr. Hussey-Rodrigues were sentenced to serve real jail time. This child has an excellent and loving father who is doing his utmost for him. Mr. Hussey-Rodrigues ensures that his son, who has special challenges, is receiving the help he needs. He gives the child love, care, concern, and a good and stable home. These efforts and this child would be harmed if Mr. Hussey-Rodrigues were separated from his son by incarceration. Separation from his son would certainly magnify the severity of the sentence for Mr. Hussey-Rodrigues. In addition, I consider that the collateral consequence of separation of this father and son has broader impact as well. In my view, it is in society's interest for Mr. Hussey-Rodrigues to be able to continue to parent and support his child.

⁶⁵ De nombreuses décisions vont dans le même sens. Voir notamment : *R. c. Colin Howe* (2015) ; *R. v. Kaneza* (2015) ; *R. v. Tattersall* (2016) ; *R. v. Zhou* (2016) ; *R. v. McDonald* (2016) ; *R. c. Neeposh* (2020) ; *R. c. Wiscutie* (2020) ; *R. v. Boyde* (2021) ; *R. c. G.G.* (2023).

⁶⁶ Voir aussi *R. v. R. A.* (2022).

Éviter la séparation liée à la prison est ici observée à partir d'un prisme nouveau : il s'agit de protéger l'enfant et sa relation à son père, d'une part, mais cette protection est observée comme étant également dans l'intérêt de la société.

Pour résumer cette incursion dans la jurisprudence, nous avons vu que la notion de « conséquences collatérales » de la peine, développée par la Cour suprême dans *Pham* puis approfondie dans *Suter*, ainsi que son élargissement dans *Stanberry*, ont été utilisés par les tribunaux d'une manière qui semble indiquer une *solidification* de la légitimité juridique de la prise en compte des effets de la peine sur les proches, pour déterminer la peine juste et adéquate. Il s'agit d'une pratique judiciaire qu'on pourrait qualifier d'émergente, et qui s'avère en pleine évolution ; elle s'étoffe au fil des décisions rendues en matière de peine. Rappelons encore que cette sous-section ne décrit pas une étude exhaustive de la jurisprudence ; on peut toutefois dire que depuis ces différents jugements, les effets des peines sur les proches semblent gagner en visibilité dans les matériaux du droit. Ce constat préliminaire mériterait selon nous une recherche à part entière ; sachant que les arrêts *Pham* et *Suter* ont été extrêmement cités dans la jurisprudence en matière de peine⁶⁷, il serait riche d'observer de manière approfondie le traitement de la notion de « conséquences collatérales » ou « indirectes » de la peine en lien avec les proches dans ces décisions, le cas échéant, et de comprendre selon quelles rationalités elle est employée.

Au long des deux sections qui précèdent, nous avons observé que le *Code criminel* ne décrit pas les effets des peines sur les proches comme étant un facteur pertinent dans le contexte de la détermination de la peine ; ce silence constitue certainement un obstacle à la conscientisation de ces effets par les acteurs et les actrices judiciaires. Toutefois, la jurisprudence canadienne contient certaines « traces » d'usages de cet élément dans le processus décisionnel⁶⁸, de différentes manières, qui sont susceptibles de suppléer au silence législatif du *Code* et d'influencer les juges qui déterminent les peines. Des

⁶⁷ En octobre 2024, d'après le site d'information juridique CanLII, l'arrêt *Pham* a été cité à 1313 reprises, alors que l'arrêt *Suter* l'a été à 963 reprises.

⁶⁸ Nous y reviendrons dans les sections 6.2.3.2, 6.2.4 et 6.3.3 ; nous verrons notamment que ces traces sont d'une part peu perçues par les acteurs et actrices, et d'autre part que la « verbalisation » de la prise en compte des effets sur les proches pose parfois problème.

nouvelles façons de problématiser ces effets et leur prise en compte se développent, et ouvrent des portes à disposition des acteurs et actrices qui choisissent les peines.

1.3.3.2 Le contexte légal suisse : le point de vue du *Code pénal*

Après avoir observé la géométrie variable de la visibilité des proches dans le cadre légal de la détermination de la peine au Canada, nous mettrons sous la loupe la loi pénale suisse⁶⁹. Les effets de la peine sur les proches sont-ils problématisés par le cadre légal de la fixation de la peine en Suisse, et, le cas échéant, de quelle manière ? Avant tout, il est intéressant de noter que le *Code pénal suisse* définit spécifiquement la notion de *proches* à l'article 110 al. 1 CP, alors qu'une telle définition était inexistante dans le *Code criminel* canadien. Cet article se lit comme suit : « Les proches d'une personne sont son conjoint, son partenaire enregistré, ses parents en ligne directe, ses frères et sœurs germains, consanguins ou utérins ainsi que ses parents, frères et sœurs et enfants adoptifs ». Cette définition des *proches* apparaît restrictive, excluant par exemple les amis significatifs/ves. Le *Code pénal* définit également les *familiers* d'une personne, comme étant « ceux qui font ménage commun avec elle » (art. 110 al. 2 CP).

Dans cette section, nous décrirons maintenant la manière dont les proches sont appréhendés dans le contexte légal suisse encadrant la détermination de la peine, puis nous élargirons notre perspective en y observant la place des liens sociaux de la personne condamnée, tout comme nous l'avons fait pour le contexte légal canadien.

D'un point de vue législatif, les principes qui régissent la fixation de la peine en Suisse sont prévus aux articles 47 à 51 CP⁷⁰. Une lecture exhaustive de ces dispositions permet d'observer que les proches des personnes à qui la peine est infligée n'y sont jamais

⁶⁹ Par souci de reproduire fidèlement le vocabulaire utilisé par le droit suisse pour parler de ce « moment pénal », nous emploierons dans cette section l'expression fixation de la peine, qui est celle retenue par le *Code pénal* pour parler du choix de la sanction, à l'article 47 CP. En dehors de cela, tout au long de la thèse l'étape du choix de la sanction pénale sera nommée « détermination de la peine ».

⁷⁰ Précisons que le droit pénal suisse prévoit des peines et des mesures. Ces dernières, prévues aux articles 56ss CP, ont une vocation thérapeutique et/ou sécuritaire, plutôt que punitive. Dans le cadre de cette recherche, nous ne distinguerons pas les peines des mesures, considérant que tant les premières que les secondes sont susceptibles de générer des effets indésirables pour les proches des personnes qui y sont condamnées.

mentionnés. Néanmoins, la disposition spécifique à la peine pécuniaire (art. 34 CP) rend visibles les obligations financières qui peuvent incomber à la personne condamnée à l'égard de ses proches :

1. Sauf disposition contraire, la peine pécuniaire est de trois jours-amende au moins et ne peut excéder 180 jours-amende. Le juge fixe leur nombre en fonction de la culpabilité de l'auteur.

2. En règle générale, le jour-amende est de 30 francs au moins et de 3000 francs au plus. Il peut exceptionnellement, si la situation personnelle et économique de l'auteur l'exige, être réduit jusqu'à 10 francs. Le juge en fixe le montant selon la situation personnelle et économique de l'auteur au moment du jugement, notamment en tenant compte de son revenu et de sa fortune, de son mode de vie, de ses obligations d'assistance, en particulier familiales, et du minimum vital. (nous soulignons)

Comme on le voit ici, les obligations d'assistance qui peuvent incomber à une personne condamnée à une peine pécuniaire doivent être considérées dans le calcul du montant du jour-amende (leur nombre étant, quant à lui, associé à la culpabilité). En revanche, ces obligations ne sont pas pertinentes juridiquement lorsqu'une peine privative de liberté est infligée : le *Code pénal* s'avère muet à ce sujet. Cela nous permet d'établir un parallèle intéressant avec les observations de Mendonça Raupp (2015) sur les débats ayant entourés la peine d'amende dans les travaux de la *Commission de réforme pénale* instituée au Brésil dans les années 1980 : les désavantages liés à l'application de la peine d'amende étaient fortement mis de l'avant pour dévaloriser cette sanction, alors que les désavantages liés à l'application de la peine de prison, tels que la surpopulation carcérale criante au Brésil et la vétusté des établissements, étaient quant à eux absents des débats. Mendonça Raupp remarque l'absurdité qui découle de ce décalage :

Les deux autres obstacles (cognitifs) que nous avons trouvés sont les suivants : [...] Le propos (énigmatique) selon lequel l'amende était une peine juridiquement périlleuse parce que ses effets allaient au-delà de la personne coupable et avaient des retombées sur sa famille qui, elle, était innocente. Le problème ici est que ce propos, qui est tout à fait juste dans certaines circonstances, n'était pas appliqué aussi à la prison. Ainsi, la peine de prison paraissait-elle moins dommageable pour la famille du coupable que l'amende. (2015, p. 202, emphase de l'autrice, nous soulignons)

Comme dans l'exemple brésilien mis en évidence par Mendonça Raupp, alors que le législateur suisse voit le risque financier couru par les membres de la famille de l'auteur en lien avec une peine pécuniaire, et, partant, invite les tribunaux à prendre en considération les obligations d'assistance de la personne condamnée, il l'ignore pour la peine privative de liberté ; pourtant, une sanction de cette nature prive bien plus financièrement les proches de l'auteur/trice qu'une peine de nature pécuniaire, en soustrayant d'emblée un revenu complet à la famille et en précarisant la situation économique des proches (voir Touraut, 2012). Qui plus est, au-delà de l'aspect purement monétaire, les autres formes de privations vécues par les proches en lien avec une incarcération – pensons par exemple à la privation affective et éducative des enfants qui se retrouvent séparés de leur parent incarcéré – ne sont pas rendues visibles et jugées dignes de considération dans le cadre légal prévu par le droit pénal suisse, tout comme c'est le cas dans le droit criminel canadien. Ce constat fait écho à celui de Pires, qui s'exprime eu égard à la perception de la peine d'amende durant la *Commission de réforme* brésilienne évoquée plus haut :

La peine d'amende sera observée comme « pouvant punir des (groupes) innocents », sans responsabilité criminelle pour l'action commise, tandis que la peine de prison ne sera pas observée comme impliquant ce risque ou cette conséquence. Cette manière d'observer révèle une claire tendance intellectuelle en faveur de la prison et en défaveur de l'amende. On peut alors se demander ceci. D'où vient ce mini-nœud cognitif ? Est-il seulement actualisé dans la doctrine juridique au Brésil ? Serait-il présent dans les deux traditions juridiques, dans le droit romano-germanique et dans la common law ? Si oui, qu'est-ce qui a permis à ce type d'observation et de comparaison de se reproduire et de se généraliser dans les communications du droit ? (Pires, 2014, cité par Mendonça Raupp, 2015, p. 206, nous soulignons)

L'analyse du cadre légal de la fixation de la peine permet à tout le moins d'observer, en réponse à Pires, que le « mini-nœud cognitif » qu'il présente est bien visible dans les communications du système juridique suisse, en l'occurrence dans les dispositions du *Code pénal*, qui reproduisent cette observation tronquée des risques impliqués par les peines de différentes natures. Quant au *Code criminel* canadien, qui s'inscrit dans une tradition de *common law*, cette perception différentielle des risques associés à la peine d'amende et à la peine d'emprisonnement n'est pas flagrante. Nous verrons durant l'étude de terrain si ce « mini-nœud cognitif », qui invite à percevoir la peine de nature pécuniaire

comme plus dommageable pour les proches que la privation de liberté, est observable dans les perceptions des acteurs et actrices qui œuvrent dans le contexte de la détermination de la peine.

Au-delà du cadre strict de la fixation de la peine, il est intéressant d'observer la place faite aux proches dans le contexte plus large du droit des sanctions suisse. Ceux-ci apparaissent alors non pas en lien avec les effets que la peine peut exercer sur eux, mais plutôt en lien avec les modalités de poursuite d'une infraction dont ils ou elles ont été victimes. D'abord, dans les dispositions relatives à l'exemption de peine ainsi qu'à la suspension et au classement de la procédure (art. 52 à 55a CP), certains proches apparaissent en lien avec leur statut de victime de l'infraction, tout comme dans le contexte légal canadien. En revanche, le *Code pénal* n'attribue pas les mêmes effets à ce statut⁷¹ : en droit suisse, l'article 55a CP prévoit la possibilité pour le tribunal ou le ministère public de suspendre la procédure en cours, à certaines conditions, lorsqu'une personne victime de certaines infractions listées, comme les menaces ou les voies de fait, se trouve dans une relation d'intimité avec l'auteur (la disposition vise notamment les conjointes et conjoints qui font ménage commun ainsi que les ex-conjointes et ex-conjoints). Ici, les liens intimes qui unissent l'auteur et la victime sont mobilisés non pas dans une perspective favorisant la sévérité de la peine infligée à l'auteur, comme nous avons pu l'observer dans le *Code criminel*, mais plutôt selon une logique qui prend en compte la spécificité du contexte dans lequel surviennent les infractions de violences domestiques⁷².

D'autres manières de considérer les proches dans le cadre d'une procédure pénale sont prévues par le *Code pénal*, en lien avec les modalités d'instruction de la procédure. Par

⁷¹ Rappelons qu'au Canada, lorsqu'un proche est victime de l'infraction, un mécanisme d'aggravation de la peine est déclenché.

⁷² Si les protagonistes se connaissent et entretiennent des relations personnelles, alors la victime récupère une portion de pouvoir décisionnel quant à la continuation de la poursuite (ou non) de l'action pénale. La personne victime doit néanmoins requérir la suspension de la procédure pour que celle-ci puisse avoir lieu, et, depuis l'entrée en vigueur de la *Loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence*, la suspension doit apparaître comme pouvant stabiliser ou améliorer sa situation pour être ordonnée, cela afin d'alléger la pression sur la victime. Nous nous éloignons ici de la fixation de la peine, mais il nous semblait opportun de montrer la différence de traitement des liens conjugaux dans les deux cadres légaux sous étude.

exemple, pour certaines infractions⁷³, le fait que *la victime de l'infraction* soit un proche ou un familial de l'auteur/trice change les modalités de poursuite de l'infraction, qui sera alors poursuivie uniquement sur plainte. À l'inverse, les lésions corporelles simples (art. 123 CP) sont poursuivies d'office si elles ont été commises à l'égard d'un enfant dont l'auteur/l'autrice avait la garde ou à l'égard d'un-e conjoint-e, alors qu'elles sont habituellement poursuivies sur plainte. Dans ces situations, les proches sont encore visibilisés uniquement eu égard à l'atteinte subie en lien avec l'infraction reprochée.

Pour montrer le contraste entre les deux cadres légaux observés, nous présenterons la place des liens sociaux dans le *Code pénal* en lien avec la fixation de la peine ; nous en profiterons pour présenter brièvement l'articulation de la fixation de la peine en droit suisse, à des fins didactiques. Avant tout, contrairement au droit canadien, le droit suisse ne codifie pas expressément les objectifs associés à l'infliction d'une peine ; les dispositions qui encadrent la fixation de la peine n'emploient pas le mot *proportionnalité*, pas plus que les termes *dissuasion*, *réinsertion sociale*, *isolement* ou encore *dénonciation*⁷⁴. L'article 718 C.cr., qui explicite clairement les objectifs de l'infliction des peines en droit canadien, comme une boussole à destination des tribunaux, ne trouve donc pas d'équivalent dans le cadre légal suisse. Le *Code pénal* évoque certes ponctuellement la prévention de la récidive, mais toujours dans le cadre de l'exécution de la peine⁷⁵, mais celle-ci n'est pas érigée en tant qu'objectif essentiel de la fixation de la peine.

Ce n'est qu'une fois la peine privative de liberté prononcée, et uniquement pour cette peine-là, qu'apparaissent dans la loi les motifs qui sous-tendent la justification de la

⁷³ Par exemple l'appropriation illégitime (art. 137 al. 2 CP), l'abus de confiance (art. 138 al. 1 CP) ou encore l'escroquerie (art. 146 al. 3 CP).

⁷⁴ La réparation du dommage est mentionnée à l'article 53 CP ; cet article ne se situe pas dans la section sur la fixation de la peine mais dans celle relative aux motifs d'exemption de peine, et de suspension et de classement de la procédure. Cette réparation peut, à certaines conditions, conduire à ce que l'autorité renonce à poursuivre l'auteur/trice, renonce à le/la renvoyer devant le juge ou renonce à lui infliger une peine.

⁷⁵ Cela est visible particulièrement quant à l'octroi de la libération conditionnelle ; voir l'article 62 al. 4 et 6 CP pour les mesures thérapeutiques institutionnelles et l'internement, l'article 64a al. 2 CP pour une mesure d'internement à vie et l'article 87 al. 3 CP pour les peines privatives de liberté infligées en lien avec certaines infractions spécifiques.

peine⁷⁶. Par exemple, on observe que la réhabilitation demeure conçue comme une tâche attribuée au système pénitentiaire, et non comme devant être prise en compte par les tribunaux. Comme le dit Garcia, « il faut [d'abord] " exclure " (détention) pour inclure » (2013, p. 52) :

Art. 75 CP - Effets nocifs de l'incarcération et objectifs de la peine

1. L'exécution de la peine privative de liberté doit améliorer le comportement social du détenu, en particulier son aptitude à vivre sans commettre d'infractions. Elle doit correspondre autant que possible à des conditions de vie ordinaires, assurer au détenu l'assistance nécessaire, combattre les effets nocifs de la privation de liberté et tenir compte de manière adéquate du besoin de protection de la collectivité, du personnel et des codétenus.

[...]

3. Le règlement de l'établissement prévoit qu'un plan d'exécution est établi avec le détenu. Le plan porte notamment sur l'assistance offerte, sur la possibilité de travailler et d'acquérir une formation ou un perfectionnement, sur la réparation du dommage, sur les relations avec le monde extérieur et sur la préparation de la libération.

4. Le détenu doit participer activement aux efforts de resocialisation mis en œuvre et à la préparation de sa libération. [...]

Ici, le titre de l'article évoque explicitement les *objectifs de la peine*, qui sont disséminés dans cette base légale ; on y trouve à ce titre la prévention de la récidive, la protection de la collectivité (avec, en filigrane, l'isolement de la collectivité de la personne privée de liberté), la réparation du dommage, la réinsertion dans la collectivité et la resocialisation⁷⁷. La logique peut surprendre : le moyen (la privation de liberté) justifie la fin (en l'occurrence les différents objectifs contenus dans l'article 75 CP). Notons également que cet article nomme sans équivoque les effets nocifs de la peine privative de liberté *sur la personne*

⁷⁶ Ceux-ci sont mentionnés à l'article 75 CP, dans les dispositions sur l'*Exécution des peines privatives de liberté et des mesures entraînant une privation de liberté* (Titre 4).

⁷⁷ Tout comme pour le Canada, l'existence de liens sociaux pour la personne condamnée apparaît en filigrane de certains objectifs associés à la peine et figurant à l'article 75 CP, qui évoque notamment les contacts avec l'extérieur de la personne incarcérée. Le *Code pénal* parle de « resocialisation », ce qui résonne avec la perspective proposée par le droit canadien : la personne condamnée est ici présentée comme étant « désocialisée », la peine servant à la réinscrire dans la société. Ces observations rejoignent la perspective endossée par les principes de détermination de la peine au Canada.

condamnée. La visibilité de ces effets intervient donc uniquement une fois la peine infligée, et non en amont dans les dispositions relatives à la fixation de la peine, où seul « l'effet de la peine sur l'avenir du condamné » est évoqué (art. 47 CP).

Si, comme pour le cadre légal canadien, nous élargissons le regard pour observer la place des liens sociaux de la personne condamnée, on voit que ceux-ci apparaissent à une seule reprise dans la section qui encadre la fixation de la peine : l'article 48 let. a ch. 4 CP prévoit que le ou la juge atténue la peine si la personne condamnée a agi « sous l'ascendant d'une personne à laquelle il devait obéissance ou de laquelle il dépendait ». Contrairement à la loi canadienne, le *Code pénal suisse* ne prévoit en revanche pas d'aggravation de la peine dans les cas où les proches sont les victimes de l'infraction. Comme évoqué brièvement plus tôt, précisons ici que contrairement à la loi canadienne, la loi suisse prévoit à l'article 48 CP une liste exhaustive des situations dans lesquelles le tribunal peut atténuer la peine ; les motifs d'atténuation qui y sont prévus sont tous associés à la commission de l'infraction, et les liens avec les proches n'y figurent donc pas. On peut percevoir une porte d'entrée à l'inclusion de ces liens dans le raisonnement relatif à la fixation de la peine, à l'article 47 CP, la disposition phare pour fixer la peine, intitulée « Principe » et qui se lit comme suit :

Al. 1. Le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir.

Al. 2. La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures. (nous soulignons)

Sans mentionner spécifiquement les proches, l'expression « situation personnelle » – qui réfère à celle de l'auteur/trice – ouvre néanmoins une porte pour prendre en compte des éléments liés à l'existence de tiers ; toutefois, cet article n'invite pas les tribunaux à porter une attention spécifique aux effets que la peine pourrait impliquer pour des tiers. La « situation personnelle » est ici rattachée essentiellement à ses liens avec la culpabilité de l'auteur/trice de l'infraction. En tous les cas, la lecture de cet article central permet

d'observer que les proches ne sont aucunement visibles pour eux-mêmes, c'est-à-dire en lien avec la manière dont la peine pourrait les atteindre.

1.3.3.3 Les proches et la détermination de la peine : la loi du silence ?

Dans les deux législations sous étude, les cadres légaux de la détermination de la peine invisibilisent l'existence des proches, sauf lorsqu'ils sont victimes de l'infraction reprochée. La seule exception notable à ce constat se trouve à l'article 34 al. 2 CP, qui précise les contours de la fixation d'une peine pécuniaire, les « obligations d'assistance » familiales de la personne condamnée devant être prises en considération pour calculer le montant des jours-amendes qui lui sont imposés. Ici, l'idée que la peine puisse affecter d'autres personnes apparaît entre les lignes. Pour le reste, dans les deux législations présentées, la personne visée par la sanction est placée dans un vacuum social, et les liens sociaux qui la constituent sont évacués.

Ainsi, si les proches des personnes condamnées souffrent d'une « invisibilité sociale » (Lehalle, 2017), l'étude des cadres légaux observés tend à montrer qu'ils souffrent également d'une invisibilité juridique dans le contexte de l'intervention pénale, et cela plus particulièrement dans le contexte du choix de la peine. C'est seulement lorsque la personne condamnée est effectivement incarcérée que ses liens sociaux deviennent visibles d'un point de vue législatif, dans les normes juridiques relatives à l'exécution de la peine⁷⁸. En d'autres mots, d'un point de vue juridique, c'est seulement après le processus de « désocialisation » imposé par le droit que celui-ci se préoccupe des liens sociaux des personnes condamnées.

Ainsi, au-delà de l'invisibilité des proches, les *effets* qu'une peine peut engendrer, que ce soit sur des tiers mais également sur la personne à qui elle est destinée, ne sont pratiquement pas problématisés ni rendus visibles par les lois pénales à l'attention des juges, *en amont* de son exécution, c'est-à-dire lors du *choix de la peine*. Alors que la

⁷⁸ Au Canada, l'article 71(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* prévoit le droit de maintenir des relations sociales durant l'incarcération ; en Suisse, c'est l'article 84 CP qui prévoit ce même droit.

littérature abonde quant aux effets extrêmement néfastes qu'une peine peut exercer sur les proches, les cadres légaux de la détermination de la peine ignorent ces effets, les rendant invisibles. Pour reprendre les mots de de Sousa Santos (2011), on peut dire que la non-existence des proches est ici *activement produite comme non-existante* par la loi.

Les proches et leurs « peines sociales » ont été pourtant visibilisés à travers de nombreuses disciplines depuis une vingtaine d'années. Nous pensons bien évidemment ici à la lumière jetée sur les difficultés rencontrées par les proches grâce aux recherches menées en sciences sociales, notamment les travaux menés en criminologie, en sociologie, en psychologie, en travail social ou encore en sciences politiques⁷⁹, ainsi que la fenêtre sur les proches proposée par les arts, et notamment par la photographie et la littérature, auxquelles s'ajoutent la visibilité et le support offerts par le travail d'organisations non gouvernementales qui œuvrent auprès des proches des personnes incarcérées et judiciairisées⁸⁰.

Or, l'étude des cadres légaux suisse et canadien a montré qu'à tout le moins en ce qui concerne ces pays, les lois pénales ne semblent pas avoir réagi à cette « découverte » et demeurent hermétiques à l'existence des effets de la peine sur les proches. Ce constat est intéressant à faire dialoguer avec la remarque de Pires qui, en s'appuyant sur Bourdieu, nous rappelle qu'« [e]n sciences sociales, on découvre souvent ce qui est *devenu invisible* par excès de visibilité » (1997a, p. 11). Sans pouvoir parler d'excès de visibilité pour les proches dans les recherches existantes, le silence juridique qui invisibilise l'existence des proches, et des effets concrets de la peine, dans le contexte de la détermination de la peine interroge : comme nous l'avons décrit au début de ce chapitre, les coûts sociaux majeurs de l'intervention pénale, et plus particulièrement de l'usage de la prison comme peine, ont été mis au centre des réflexions sur la pénalité. Pourtant, force est de constater que certaines découvertes issues des sciences sociales,

⁷⁹ Voir la section 1.1.3.

⁸⁰ Au Canada, on peut penser aux organismes *Continuité Familiale Auprès des Détenues* (CFAD) et *Relais Famille à Montréal* et *Regroupement canadien d'aide aux familles des détenu(e)s* (RCAFD) à Kingston. En Suisse romande, la *Fondation Relais Enfant Parent Prison* (REPR) fournit du soutien aux proches des personnes incarcérées.

relatives aux effets dommageables des peines ont été mises en sourdine, demeurent en marge des discours relatifs à l'intervention pénale.

À la lumière des développements qui précèdent, nous formulerons maintenant les questions qui orienteront le volet empirique de la recherche.

1.4 Les « maux » des proches et leur problématisation dans le contexte de la détermination de la peine : l'émergence des questions de recherche

[...] it would be a failure in the way society administers punishment if it were simply to impose it and walk away: it would be a denial of the kind of relationship that obtains between the one making the criticism and the one receiving it.

CHRISTOPHER BENNETT (2017)

Le tour d'horizon effectué dans la littérature, dans ses différentes dimensions, a montré que celle-ci n'a, à ce jour, pas décrit la manière dont le droit criminel appréhende les proches des personnes condamnées, et les répercussions que la peine est susceptible d'exercer sur eux. Des études observent les liens familiaux des personnes condamnées en tant que *variable* mobilisée par les tribunaux qui condamnent, mais sans interroger la manière dont les acteurs et actrices judiciaires se représentent les personnes qui se cachent derrière ces liens. Des voix s'élèvent pour critiquer l'absence de prise en considération de droits qui seraient susceptibles de bénéficier aux proches dans le cadre des décisions relatives aux peines, comme les protections juridiques traditionnellement consacrées aux enfants, mais peu interrogent les ressorts de la marginalisation de ces outils dans le contexte spécifique de la détermination de la peine.

Ainsi, les observations présentées dans cette « problématique en construction » convergent vers un manque de connaissances d'un point de vue empirique : comment les acteurs et actrices qui décident la peine se représentent-ils/elles les proches, et la manière dont les sanctions les atteignent ? Comment problématisent-ils/elles les effets

des sanctions pénales sur ces personnes ? Si la loi est silencieuse quant à ces effets, sont-ils pour autant invisibles et inexistants pour les juges qui infligent les peines ?

Van de Kerchove (2009) remarque à juste titre que certains effets de la peine peuvent entrer en contradiction avec les fonctions que le système pénal s'attribue. Considérant cela, la prise en considération des proches au moment de sélectionner une peine représenterait-elle une source de contradiction face aux objectifs que se donne le système ? Ricordeau soulève indirectement cette question en la rattachant à la validité juridique des décisions sur la peine :

[...] les incidences du prononcé d'une peine sur des personnes qui ne sont pas condamnées permettent de questionner la légalité d'un système pénal qui punit aussi des personnes innocentes, en violation du principe de personnalité de la peine (principe selon lequel la peine doit être spécifique à la personne qui la reçoit) [...]. (2019b, p. 131-132)

Bien avant l'essor des recherches sur les proches, cette question avait déjà été soulevée par Pires, Landreville et Blankevoort :

Il est [...] important de comprendre la contradiction dans laquelle la famille est inscrite. Elle est en effet souvent aussi touchée et pénalisée que son membre par l'intervention pénale. Le principe juridique qui veut que la peine ne dépasse pas la personne de l'accusé n'est en fait qu'un mythe. La famille est insérée dès le début dans une situation de lutte, d'affrontement. Menacée et bouleversée par l'intervention pénale, elle est poussée simultanément à défendre son membre et se défendre. (1981, p. 340)

Ces propos font écho aux critiques récurrentes de la prison, évoquées par Foucault (1975), quant à l'affectation des familles par cette sanction. Ils rejoignent également ceux de Lippke, pour qui l'indifférence à l'égard du *punishment drift* « is at odds with other legal doctrines and broader penal practices that hold offenders, and offenders alone, responsible for their crimes » (2017, p. 645). Suivant cette idée, la mise en évidence des *effets de la peine sur des tiers* serait susceptible de placer le système pénal dans une situation d'inconfort, parce qu'elle ébranle une de ses auto-descriptions fondamentales, en l'occurrence celle présentant la peine comme une punition *individuelle*, liée à une responsabilité pénale *individuelle* (voir Norrie, 2014). Ignorer l'existence des proches, est-ce alors punir « à contre-sens » ?

À cet égard, Mégret (2019) remarque que la prise en compte des familles dans la justice pénale génère trois ambiguïtés ; il s'interroge d'abord quant aux bénéficiaires de cette prise en compte – infracteurs/trices, ou proches ? Il questionne ensuite le point d'influence de cette prise en compte : doit-elle influencer sur la sélection de la peine, sur son quantum ou sur son aménagement ? Il évoque enfin le traitement préférentiel dont pourraient bénéficier certaines personnes condamnées si l'on prenait en compte substantiellement les répercussions sur leurs familles.

Alors que les ambiguïtés décrites par Mégret constituent certainement un moteur des travaux menés à ce jour, ces derniers ne se sont pas intéressés à la manière dont le système pénal réagit face à ces ambiguïtés : celles-ci constituent-elles une source de préoccupation, ou à tout le moins d'attention, pour les actrices et acteurs chargés d'infliger des peines, et le cas échéant, à quel titre ? En mettant sous la loupe leurs points de vue et leurs expériences, le volet empirique de cette recherche abordera cette thématique, de manière à combler une lacune dans la littérature eu égard à la problématisation des effets des sanctions pénales sur les proches dans le contexte de la détermination de la peine.

Nous orienterons notre regard dans une direction différente de celle qui domine les recherches existantes : dans quelle mesure des variables extérieures à l'acte reproché et à son auteur/trice sont-elles susceptibles d'influer sur les rationalités qui gouvernent dans ce contexte ? Alors que le « crime » et le « criminel » sont omniprésents dans la réflexion sur la pénalité lorsqu'il s'agit de fixer une peine, comment les actrices et acteurs du système pénal réagissent-elles/ils face à ces éléments extérieurs ? Les représentations et les rationalités qui sous-tendent la place octroyée aux proches dans le contexte du choix de la sanction pénale demeurent absentes des travaux menés à ce jour ; cette thématique est sous-analysée, autant d'un point de vue théorique qu'empirique.

Reprenons les constats posés au début des années 1980 par Landreville, Blankevoort et Pires dans leur recherche relative aux *coûts sociaux du système pénal* ; ils remarquent alors l'absence de réflexivité des recherches relatives à ces coûts :

La manière traditionnelle d'envisager le système pénal (et même le crime) a joué un rôle d'obstacle (épistémologique) à une véritable intégration de la problématique des coûts sociaux et empêche encore aujourd'hui de traiter de cette question d'une manière complète et cohérente. En effet, en acceptant les buts affichés du système pénal et son discours officiel, les recherches traditionnelles qui portaient sur les « problèmes » causés par le système finissaient par occulter, grâce à une camisole de force théorique et méthodologique, des dimensions fondamentales des coûts produits par le système. (1981, p. 14, nous soulignons)

Le volet empirique de notre recherche vise justement à produire des connaissances qui nous permettront de mieux comprendre le rapport de l'intervention pénale à ses conséquences concrètes, au moment du choix de la peine. Considérant cela, nous pouvons formuler ainsi la question directrice qui guidera le volet empirique de la recherche :

Comment les juges observent-ils/elles et problématisent-ils/elles les effets de la peine sur les proches au moment de la détermination de la peine ?

Cette question générale sera dépliée en trois questions de recherche plus précises :

- 1) Comment les juges qui décident de la peine se représentent-ils/elles les *proches des personnes condamnées* ?
- 2) Comment ces acteurs/trices se représentent-ils/elles les *effets de la peine* sur les proches des personnes condamnées ?
- 3) À partir de quelles rationalités ces effets sont-ils considérés par les acteurs et actrices en lien avec le choix de la peine ?

Nous l'avons vu, des notions centrales contenues dans ces questions, en l'occurrence les notions de « proches » et d'« effets de la peine », sont caractérisées par une absence de clarté conceptuelle. Or, plutôt que d'imposer une sémantique figée à ces notions, nous avons cherché à comprendre leur sens *d'après le point de vue* des actrices et acteurs qui déterminent les peines ; en explorant ces représentations (questions 1 et 2), et en observant les rationalités à l'œuvre dans la prise en compte de ces effets (question 3),

nous souhaitons mieux comprendre comment les acteurs et actrices judiciaires problématisent les « réverbérations » de la peine sur des tiers.

La formulation de ces questions de recherche nous a amenées à privilégier un cadre théorique ayant accordé une importance primordiale aux idées et théories qui encadrent la détermination de la peine, et qui ont un impact sur la façon dont les acteurs et actrices judiciaires observent ce qui est possible et ce qui est préférable en termes d'intervention pénale : la théorie de la rationalité pénale moderne. En tant que proposition d'observation, ce cadre nous permettra de mieux comprendre la nature de cette « camisole de force théorique », évoquée par Landreville, Blankevoort et Pires (1981) pour expliquer les difficultés éprouvées à mener une réflexion substantielle sur les coûts sociaux de l'intervention pénale. Nous la décrirons dans le prochain chapitre.

Chapitre 2 – La théorie de la rationalité pénale moderne : présentation du cadre théorique

Introduction

Cette recherche favorisera l'approche de la sociologie du droit, et nous mènerons une étude empirique pour répondre aux questions de recherche que nous venons de formuler⁸¹ ; ce type d'approche implique d'adopter

[...] une posture épistémique de sciences sociales par laquelle est mobilisé un appareil conceptuel et théorique qui permet une systématique dans la documentation de la question, la collecte des données et l'analyse, mais aussi dans l'organisation du travail de recherche autour d'une hypothèse et d'un modèle. (Bernheim, 2011, p. 479)

Pour ce faire, nous nous appuierons sur les travaux relatifs à la théorie de la rationalité pénale moderne (voir notamment Pires, 2001a/b, 2008a ; Dubé, 2013 ; Garcia, 2013) en tant que cadre théorique de référence pour formuler des hypothèses et guider l'observation empirique. Nous ferons dialoguer les outils théoriques issus de cette théorie avec notre objet d'étude et son analyse. Pourquoi avoir choisi la théorie de la rationalité pénale moderne comme cadre théorique pour orienter cette recherche ? Nous avons fait ce choix en fonction de la nature et des contours de notre objet de recherche.

Pour bien construire et explorer cet objet, soit la manière dont les effets de la peine sur les proches sont susceptibles d'être pris en considération par les acteurs et actrices qui choisissent les peines, il nous faut d'abord décrire, sur le plan théorique, quelles sont les « exigences » de ce système, comment celui-ci s'auto-observe et s'auto-décrit. Comment les théories qui légitiment et orientent les finalités de l'intervention pénale et le choix des

⁸¹ Nous reviendrons sur les raisons ayant motivés ce choix, sur les modalités de l'approche choisie et sur ses implications méthodologiques dans le chapitre 3.

peines problématisent-elles les effets de celles-ci sur des tiers au moment de la détermination de la peine ?

La mobilisation de cette théorie nous apparaît particulièrement appropriée pour mener cette recherche de manière réflexive, considérant son objet et sa proposition initiale : observer la détermination de la peine à partir de puissants conditionnements cognitifs, les théories de la peine, qui font partie du système et qui ont un impact sur ses pratiques institutionnelles.

Nous présenterons d'abord les caractéristiques générales de la théorie (2.1) ; nous approfondirons ensuite le concept d'*atomisme*, qui décrit l'une des caractéristiques des théories de la peine dans la rationalité pénale moderne qui s'est avéré particulièrement importante pour notre recherche (2.2). Suite à cela, nous reviendrons sur la question laissée en suspens dans l'introduction du premier chapitre : quelle est la peine juste et appropriée pour Alyssa ? Nous présenterons le jugement du tribunal dans cette affaire et le ferons dialoguer avec les outils offerts par la théorie de la rationalité pénale moderne, afin d'illustrer concrètement la pertinence du cadre théorique à l'observation de notre objet d'étude dans le contexte du choix des peines. Cette section nous amènera aussi à formuler l'hypothèse directrice de la recherche (2.3). Finalement, nous ferons quelques remarques sur le statut que nous accorderons aux théories de la peine et la manière dont nous allons opérationnaliser ces éléments centraux de notre cadre théorique (2.4).

2.1 La théorie de la rationalité pénale moderne : caractéristiques générales

La théorie de la rationalité pénale moderne [ci-après : théorie de la RPM ou simplement RPM] fut initialement élaborée par Alvaro Pires, cela dès les années 1990. D'abord formulée en prenant appui sur les travaux de Michel Foucault et d'Yves Barel, elle fut fortement influencée, à partir de 2001, par les travaux de Niklas Luhmann portant sur les systèmes sociaux (Garcia, 2013). L'approche systémique et les outils conceptuels qui la composent furent utilisés par Pires pour reformuler sa théorie ; cette évolution a eu pour conséquence que « dans sa *forme actuelle*, la théorie de la RPM est redevable de la

théorique sociologique systémique de Niklas Luhmann » (Pires, 2010, p. 3, emphase de l'auteur). Cette théorie a continué d'être ajustée au fil des travaux théoriques et empiriques menés notamment par Pires et par des chercheuses et chercheurs de la *Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale de l'Université d'Ottawa*⁸², mais « les éléments essentiels de la théorie ont été dégagés » (Garcia, 2013, p. 14). Nous les détaillerons maintenant.

La théorie de la RPM observe les *idées* du système de droit criminel moderne ; son programme de recherche s'intéresse notamment aux problèmes d'évolution que présente ce système et aux *innovations* en matière pénale. Pires définit la théorie de la RPM comme « une théorie sociologique systémique portant sur un système d'idées formé par des théories de la peine et faisant référence à un problème d'évolution en matière de droit criminel » (Garcia, 2013, p. 41). Elle s'articule autour de deux volets. Le premier est descriptif ; il a trait aux théories dites *classiques* de la peine que sont la théorie de la dissuasion, la théorie de la rétribution, la théorie de la dénonciation et la théorie de la réhabilitation en milieu fermé. Ce volet montre comment ces théories ont contribué de manière importante à la reproduction de l'identité du système de droit criminel moderne (Garcia, 2013)⁸³. Le second volet est descriptif et explicatif ; il s'intéresse aux problèmes d'évolution que présente le système de droit criminel moderne, ce qui fait dire à Mendonça Raupp que la théorie de la RPM peut être qualifiée de « théorie de l'évolution du système de droit criminel moderne » (2015, p. 15). Ainsi, la théorie de la RPM représente un cadre théorique de choix pour observer les orientations et les possibilités de transformation institutionnelles et pratiques du système de droit criminel moderne (Dubé, 2013).

⁸² Cette Chaire a été créée et dirigée par Alvaro Pires de 2001 à 2022.

⁸³ Précisons qu'une recherche a récemment mis en évidence l'émergence d'une cinquième théorie de la peine, « la théorie de la reconnaissance victimaire » (voir Dubé et Garcia, 2017).

La théorie de la RPM présente trois niveaux d'observations des idées, qui sont inspirés de la théorie des systèmes de Niklas Luhmann⁸⁴ :

- 1) Le niveau des idées, ou des médiums (niveau micro), qui, dans le cas de la RPM, n'ont de sens que lorsqu'ils sont mis en forme par une théorie de la peine (par exemple le médium « proportionnalité ») ;
- 2) Le niveau des théories de la peine, et de leur mise en forme respective (niveau meso ; par exemple, la théorie de la réhabilitation) ;
- 3) Le niveau du système de pensée (niveau macro), dans lequel les différentes théories s'associent pour former un tel système.

Sur le plan du système de pensée, la RPM contient deux éléments inséparables, que Pires nomme le « noyau dur »⁸⁵ :

(1) L'affirmation que seul un mal pourra produire un bien et (2) L'affirmation qu'il est absolument nécessaire (pour la survie de la morale ou de la société) d'avoir une institution spécialisée consacrée à cette tâche : le droit pénal. Ce système de pensée soutient donc qu'il est absolument nécessaire (de donner l'impression) de causer un mal, la souffrance, pour causer un bien, qu'il soit abstrait (réalisation d'un idéal de justice) ou concret (réduction ou contention de la criminalité). (Pires, cité par Cauchie et Kaminski, 2007, par. 11)

La théorie de la RPM s'intéresse au droit criminel moderne *en tant que système social*, et considère qu'il s'est construit comme un sous-système du droit qui se différencie des autres sous-systèmes juridiques, et qu'on peut qualifier d'autonome (Pires, 2001b)⁸⁶, c'est-à-dire ayant la capacité de s'auto-déterminer. Cette caractéristique fondamentale apparaît déjà dans l'ouvrage *Des délits et des peines*, publié anonymement par Cesare Beccaria (1991) en 1764, ouvrage qui « a combiné toute une série d'attributs de ce

⁸⁴ Nous résumons ici les niveaux d'observations de la RPM tels que décrits par Garcia (2013).

⁸⁵ Il y a lieu de nuancer ces remarques aujourd'hui de la manière suivante : la théorie de la réhabilitation a évolué vers une nouvelle forme au milieu du XX^e siècle. Ce renouvellement a donné lieu à la théorie de la réhabilitation en milieu ouvert, ce qui la retire de ce noyau dur décrit par Pires. Nous y reviendrons dans la présente section.

⁸⁶ À noter que Vanhamme tire un parallèle intéressant entre les travaux de Pires et la théorie des champs de Bourdieu, qui, bien que reposant sur des assises théoriques distinctes, soulignent tous deux « l'autonomie du droit pénal et problématisent l'influence de sa structure, de son système de pensée, sur la logique décisionnelle » (2009, p. 40-41).

système de pensée comme "matière distincte" et a donné le coup d'envoi de la rationalité pénale moderne » (Pires, 2008a, p. 36). Ce caractère distinct est particulièrement important en ce qu'il va permettre au système de droit criminel de se différencier des « autres modes de régulation et de contrôle de la vie sociale » (Pires, 2008a, p. 113). Ainsi, dès le XVIII^e siècle, le droit pénal est perçu comme un système clos et autonome (Pires, 2008a). Le système d'idées qui le constitue s'est ensuite stabilisé au milieu du XIX^e siècle en Occident (Garcia, 2013).

Attardons-nous quelque peu sur le concept de *théories de la peine*, qui est central pour décrire ce sur quoi porte la théorie de la RPM. Pires décrit celui-ci comme

[...] *un ensemble d'énoncés* (et non seulement *des finalités de la sanction*) qui seront utilisés pour fonder la différenciation entre, d'une part, le droit criminel et, d'autre part, le droit civil et administratif. [...] Ces théories de la peine peuvent être observées comme inscrites dans cette tradition de savoirs visant à donner « des conseils au Prince » (et plus tard, aux juristes, voire « à tout le monde ») sur la manière de construire un droit de punir juste ou efficace pour réagir à la criminalité. Elles posent des questions comme : « Que signifie punir et responsabiliser en matière criminelle ? » ; « Quelles sont les finalités adéquates pour la peine ? » ; « Pouvons-nous éliminer ou exclure radicalement les condamnés de la vie sociale sans entrer en contradiction avec nos valeurs ? » ; « La victime ou l'autorité peut-elle pardonner ? » ; etc. Ces théories vont poser un problème redoutable (et mal perçu) pour les droits fondamentaux. (2017, p. 9, emphase de l'auteur)

Il est intéressant de noter que l'élimination de la vie sociale est décrite par Pires comme une des expressions de l'intervention pénale moderne susceptible d'entrer « en contradiction avec nos valeurs ». Le volet empirique de cette recherche sera l'occasion d'explorer à quel point ce fait est visible pour les acteurs et actrices judiciaires au moment de la détermination de la peine.

Pour le moment, poursuivons la présentation du cadre théorique. Pires parle d'un *clivage naturalisé* entre le droit criminel d'une part, et le droit civil et administratif d'autre part, naturalisé parce que la séparation entre ces deux domaines est perçue et présentée comme correspondant « à une réalité objective, à la nature des choses. [...] [Il y a une] "asymétrie" [...] qui existe autant sur le plan de la perception juridique des problèmes que

sur celui des formes concrètes de règlement des conflits » (Pires, 1991, p. 50-51). Ainsi, à partir de l'émergence des théories classiques de la peine,

[l]e droit criminel va [...] s'auto-observer comme étant un système radicalement différent des autres systèmes de résolution de conflits et comme ayant même des fonctions propres à lui. Il va établir une distinction tranchée entre l'illicite pénal (public) et l'illicite civil (privé) et développer une vision identitaire propre. (Garcia, 2007, note 2)

Pour Pires, ce clivage entre « "le crime" et [...] les illicites civil et administratif [sert à justifier] une différenciation tranchée dans les types de mesures et de sanctions juridiques propres à chaque forme d'organisation du droit » (1991, p. 68). Le contraste observable entre droit civil et criminel est bien décrit par Pires :

Le droit civil prend l'allure d'un droit imaginatif, souple et créateur : il écoute la [partie] plaignante, accepte la négociation et la médiation entre les parties, [...], peut imposer des dédommagements et fait appel à des ordonnances de type divers. Le droit criminel paraît stérilisé et caractérisé par la non-inventivité : mal équipé pour faire la paix (durable) entre les parties, on lui réserve la fonction massue d'acquitter ou de condamner et, le cas échéant, l'obligation de punir à l'aide de peines rudes. Paradoxalement, la notion même de *justice* est devenue identifiée à une seule de ces justices, la justice *pénale*. (2008a, p. 29)

Du point de vue des théories de la peine, c'est « Beccaria [qui] inaugure [...] un nouveau style d'approche du droit pénal, qui consiste à conserver à tout prix le contraste avec le droit civil, pour qu'il ne soit pas "contaminé" par le droit privé » (Pires, 2008a, p. 121). Il en est de même de la théorie de la peine criminelle de Kant – la théorie de la rétribution –, qui va attribuer

[...] un statut ontologique au délit criminel et justifie[r] le clivage entre la justice civile et la justice criminelle. [Kant] élabore alors une théorie rétributive de la justice qui ne sera valable qu'*en matière criminelle*. Il y a ici en quelque sorte un processus d'autonomisation de sa vision rétributive : elle se détache de sa philosophie morale pour se loger et prendre une forme particulière dans le champ de la justice criminelle étatique. Car c'est la pénalité en matière pénale, et non le châtiment en général, qui aura le statut d'un *impératif catégorique*, c'est-à-dire d'une obligation morale incontournable. (Pires, 2008a, p. 190, emphase de l'auteur)

Les théories de la peine décrites par la théorie de la RPM deviennent alors fondamentales quant à la vision identitaire du système de droit criminel moderne (Garcia, 2007) et

cristallisent son caractère distinct ; on peut dire aujourd'hui qu'elles sont constitutives des « *structures internes* du système de droit criminel et [...] sont mobilisées par le système judiciaire lors de la détermination de la peine » (Labonté, 2019, p. 71, emphase de l'auteur), ce qui influe sur la manière dont l'intervention est *pensée* au sein du système.

Malgré « quelques timides tentatives favorables aux alternatives » (Dubé, 2008, p. 24), dans sa forme actuelle, la RPM constitue le point de convergence des quatre théories de la peine mentionnées précédemment, qui sont fortement ancrées dans les communications présentes au sein du système de droit criminel moderne, et qui « forment depuis le début de la modernité jusqu'à nos jours le "système de pensée" dominant du droit criminel moderne » (Garcia, 2013, p. 47).

Un des points de cécité du système de droit criminel moderne mis en évidence par les travaux relatifs à la RPM est le suivant : même si les théories classiques de la peine se présentent comme étant distinctes et poursuivant des objectifs divergents, elles partagent des caractéristiques communes quant à la manière d'appréhender la réaction pénale. Plus précisément, Pires a mis en évidence quatre attributs caractéristiques des théories classiques de la peine, en lien avec la manière de concevoir la protection de la société :

[I]es théories classiques [de la peine] vont concevoir la protection de la société (ou l'affirmation des normes) de façon hostile, abstraite, négative et atomiste. Hostile, parce qu'on représente le déviant comme un ennemi du groupe tout entier et parce qu'on veut établir une sorte d'équivalence nécessaire, voire ontologique, entre la valeur du bien offensé et l'affliction à produire chez le déviant. Abstraite, parce que le mal (concret) causé par la peine est reconnu mais conçu comme *devant causer* un bien moral immatériel [...] ou encore un bien pratique invisible et futur (la dissuasion). Négative puisque ces théories *excluent toute autre sanction* visant à réaffirmer le droit par une action positive (le dédommagement, etc.) et stipulent que *seul le mal* concret et immédiat causé au déviant peut produire un bien-être pour le groupe ou réaffirmer la valeur de la norme. Et, enfin, atomiste, parce que la peine - dans la meilleure des hypothèses - n'a pas à se préoccuper des liens sociaux concrets entre les personnes sauf d'une façon tout à fait secondaire et accessoire. (2001b, p. 184, emphase de l'auteur, nous soulignons)

Ainsi, comme le dit Pires, ces théories

[...] ne sont pas de véritables alternatives l'une à l'autre ; elles ne sont même pas véritablement en opposition [...]. Ces théories sont davantage des théories-complices que des théories opposées ou antinomiques, en dépit de leur « apparence d'opposition ». (2017, p. 10, emphase de l'auteur)

Parmi les quatre attributs de la peine valorisés par ce système et mis en évidence par Pires, attardons-nous sur le caractère dit *atomiste* de la peine : « [...] atomiste, parce que la peine – dans la meilleure des hypothèses – n'a pas à se préoccuper des liens sociaux concrets entre les personnes, sauf d'une façon tout à fait secondaire et accessoire » (2001b, p. 184). La peine *pourrait* se préoccuper des liens sociaux, mais elle n'a pas à le faire, et le système *dévalorise* cette préoccupation en survalorisant l'exclusion sociale. Reprenant cette idée, Kaminski estime que la rationalité atomiste du système de droit criminel constitue un support cognitif permettant au magistrat d'enfermer « un homme ou une femme en négligeant les liens affectifs qui le ou la constituent, au nom d'un raisonnement abstrait sur l'ordre social bafoué par le crime ou sur la sécurité de la société menacée par son auteur » (2008, p. 1).

La remarque de Pires fait écho aux constats posés précédemment, quant à la visibilité extrêmement réduite des liens sociaux dans les cadres légaux entourant la détermination de la peine au Canada et en Suisse⁸⁷. Celle de Kaminski invite à explorer plus avant le rôle que cette rationalité dite « atomiste », centrée sur le « crime » et sur son auteur/trice, peut jouer dans l'invisibilisation des effets de la peine sur les proches, que cela soit dans les normes juridiques encadrant la prise de décision pénale, ou dans les perceptions de ces effets par les acteurs et actrices qui imposent celle-ci. Le volet empirique de cette recherche apportera des réponses quant à ce qui se passe du côté des acteurs et actrices judiciaires. Est-ce qu'ils/elles s'en préoccupent dans les faits ? Le font-ils/elles de façon intentionnelle, secondaire ou accessoire ? Leurs élans potentiels de prise en compte des liens sociaux pour déterminer une peine juste et adéquate sont-ils/elles neutralisés par la logique interne des théories de la peine ? À cet égard, Pires remarque qu'une des théories classiques de la peine, la théorie de la rétribution, limite les possibilités de prise en compte

⁸⁷ Voir la section 1.3.3.

des effets de la peine en fournissant à l'exclusion sociale – en tant que méthode d'intervention – un *excès de visibilité* :

La théorie de la rétribution recommande aux autorités de ne pas trop s'attarder sur les « coûts sociaux » de la justice, elle stimule l'autorité à infliger une souffrance ou une humiliation au coupable qui puisse paraître comme étant « proportionnelle » au mal causé par son crime. La modération des peines, pour cette théorie, est une preuve de faiblesse et une atteinte à la justice. Le parti pris pour l'exclusion et pour le mépris est tellement visible qu'il devient invisible : cela est *la justice*. (2007, p. 11, emphase de l'auteur)

Encore une fois, le travail empirique nous permettra d'observer comment les acteurs et actrices judiciaires composent avec cette « recommandation », dont l'excès de visibilité pourrait contribuer à invisibiliser les vertus de l'inclusion ; les différentes personnes atteintes par l'exclusion prononcée deviennent-elles invisibles du même coup ? En effet, la théorie de la RPM indique que les théories de la rétribution, de la dissuasion, de la dénonciation et de la réhabilitation carcérale valorisent toutes, quoiqu'à des degrés différents, les éléments suivants qui semblent poser obstacle à la prise en compte des liens sociaux (Garcia, 2013) :

- 1) le droit de punir est perçu comme étant une obligation de punir ;
- 2) au sein de cette obligation, les peines afflictives et conduisant à l'exclusion sociale sont valorisées ;
- 3) la peine de prison est survalorisée au sein du spectre des peines disponibles ;
- 4) les sanctions alternatives à l'incarcération sont dévalorisées.

Précisons qu'au milieu du XX^e siècle, une nouvelle forme de la théorie de la réhabilitation est apparue dans les idées pénales. Cette théorie s'est scindée en deux paradigmes : le premier, la *théorie du pénitencier*, s'inscrit clairement dans la rationalité pénale moderne, dans la mesure où « [i]l accepte que la prison puisse à la fois punir (rétribuer), dissuader et traiter » (Cauchie et Kaminski, 2007, par. 13). Le second, la théorie de la *réhabilitation en milieu ouvert*, n'offre plus qu'un rôle subsidiaire à la prison : « il vaut mieux *ne pas envoyer en prison* pour traiter, mais s'il "faut enfermer", c'est en privant le détenu le moins

possible de sa liberté et en adaptant le plus possible la prison aux conditions de vie en liberté » (Pires, cité par Cauchie et Kaminski, 2007, par. 14, emphase de Pires). Ainsi, dans le cadre de ce second paradigme, la théorie de la réhabilitation ne partage pas les points de convergence des autres théories de la peine, comme le remarque Labonté :

À l'intérieur [des paramètres de la théorie de la réhabilitation en milieu ouvert], l'inclusion sociale du condamné ne passe plus par une exclusion préalable. Au contraire, cette exclusion sociale du condamné – qui est considérée comme nécessaire à l'intérieur des paramètres de la *réhabilitation carcérale* – est considérée être un obstacle à la réinsertion sociale des condamnés. Même si la théorie de la réhabilitation en milieu ouvert ne participe pas au problème de la « non-évolution », elle a néanmoins été thématisée par la théorie de la rationalité pénale moderne comme faisant partie d'un système d'idées distinct de celui de la RPM, un système d'idées positif, encore marginalisé par le poids traditionnellement accordé à la RPM. (2019, p. 67)

Cette théorie de la réhabilitation n'est pas considérée comme faisant partie du « noyau dur » des théories de la peine, dans la mesure où elle prend en compte l'inclusion sociale du coupable (Mendonça Raupp, 2015).

Les points de convergence des théories de la peine sont constitutifs des quatre caractéristiques fondamentales de la RPM (le droit de punir défini comme une obligation de punir ; la valorisation des peines afflictives ou entraînant l'exclusion sociale ; la survalorisation de la peine privative de liberté ; la dévalorisation des sanctions alternatives ; Garcia, 2013). La théorie postule que cette rationalité constitue « un obstacle épistémologique ou cognitif majeur à la réception de sanctions non carcérales en matière de droit criminel et à la diminution du recours à l'incarcération [...] » (Garcia, 2013, p. 44).

Parmi les obstacles cognitifs relatifs à l'usage de l'incarcération, elle relève

[...] celui qui associe la survie de la société à la survie de la prison. Cette idée est appuyée par les théories de la peine : en couplant chacune de leurs logiques respectives à l'idée de l'incarcération, nous sommes conduits à penser que, sans l'incarcération, la Moralité se dissout, que rien ne peut empêcher le passage à l'acte, que les états forts de la conscience collective ne peuvent se resserrer et que le traitement est impossible. Bref, à la question de savoir si la prison est nécessaire, toutes les théories de la peine répondent par l'affirmative. (2013, p. 61-62, nous soulignons)

La RPM représente aussi

[...] un obstacle épistémologique et culturel majeur à la construction d'un véritable « droit criminel du citoyen » et d'une nouvelle rationalité pénale à la fois plus humaine, plus respectueuse de la liberté de tous, plus créatrice et plus adaptée à la société d'aujourd'hui. (Pires, 2001a, p. 145).

La notion d'*obstacle épistémologique*, ou d'*obstacle cognitif*, inspirée des travaux de Gaston Bachelard, est décrite ainsi par Pires :

[...] on peut dire que nous sommes devant un obstacle épistémologique quand nos habitudes professionnelles et les idées qu'un système social juge (encore) appropriées empêchent (ou nuisent à) l'adoption, la généralisation et la restabilisation dans le temps long de meilleures habitudes, idées, structures et pratiques dans le système social lui-même. (2017, p. 11)

Or, les travaux portant sur la RPM ont permis d'observer que depuis le milieu du XVIII^e siècle, les idées qui dominent le système de droit criminel moderne sont relativement stables et que ce dernier éprouve des difficultés à évoluer. Comme le remarquent Garcia et Dubé,

[...] Beccaria ne serait toujours pas dépaycé devant notre *Code criminel* actuel, devant les articles de doctrine, les décisions jurisprudentielles ou les publications scientifiques réalisées dans le domaine de la justice criminelle. Depuis le « séisme » provoqué par *Des délits et des peines*, nous n'avons en effet pas encore produit de changements d'une magnitude suffisante pour être repérables sur l'échelle de Richter de la réforme du droit criminel moderne. (2017b, p. 7)

Quoique le droit criminel moderne contienne d'autres idées que celles de la RPM, ces dernières constituent une *formation discursive hégémonique*, nous dit Garcia (2013, p. 47, reprenant une expression de Michel Foucault), qui contribue à écraser les idées qui s'en éloignent. Ainsi, les recherches menées sur la RPM rendent notamment compte d'un « *déficit d'idées institutionnalisées* pour appuyer les réformateurs-innovateurs et les aider à harmoniser les peines avec les droits de la personne » (Pires, 2013, p. 311, emphase

de l'auteur)⁸⁸. Précisons toutefois que le constat relatif à la non-évolution du système de droit criminel moderne ne doit pas être perçu comme fataliste : l'absence d'évolution du droit pénal mise en exergue par la théorie de la RPM

[...] n'implique pas l'absence d'idées ou de pratiques alternatives à la formation discursive dominante. [...]. Des propositions alternatives existent bien sûr dans des textes de philosophie et de théorie du droit, dans la doctrine, dans la jurisprudence ou même dans les commissions de réforme du droit, mais rien n'indique clairement que ces propositions ont été sélectionnées et moins encore stabilisées par le système de droit pénal moderne en Occident. (Cauchie et Kaminski, 2007, par. 9)

Ce qui pose problème, selon Pires, c'est l'absence d'« une nouvelle théorie de la *sanction* – ou de l'intervention juridique – qui soit une solution de rechange aux théories de la peine » (2001a, p. 145-146). À sa suite, Garcia et Dubé constatent

[...] un attachement identitaire aux théories négatives de la peine de la première modernité et [...] un désengagement vis-à-vis des idées alternatives et des théories plus positives qui pourraient appuyer et légitimer d'autres modes d'intervention. (2017b, p. 16)

Selon eux, sans une théorie *positive* de la sanction, les théories négatives ont la voie libre et nuisent au potentiel transformateur des idées et des pratiques alternatives, notamment les pratiques institutionnelles de détermination de la peine. Ils conceptualisent cette théorie par contraste avec la rationalité dominante :

On entend par théorie positive de la sanction un ensemble stable et cohérent d'idées innovatrices logées au fondement d'un droit d'*intervenir* (plutôt que *de punir*), instituées et stabilisées dans un rapport d'opposition ou de rivalité à l'égard d'une tradition ayant conçu la protection de la société comme étant fonction de l'affliction et de l'exclusion sociale du condamné. [...] Par référence aux solutions préconisées et stabilisées dans le droit criminel moderne, les idées alternatives sont celles qui pourront appuyer [...] des modes de résolution de conflits qui cherchent activement à protéger la société par des mesures qui

⁸⁸ On peut ici faire un parallèle intéressant avec des constats posés par Chantraine, relativement aux idées sous-jacentes à l'essor des droits des personnes détenues : « [celui-ci] est le produit de l'activité militante d'acteurs ayant mobilisé une rhétorique qui va partiellement à l'encontre de la rationalité dominante du système (le détenu-comme-citoyen entrant en collusion avec l'opposition entre le " criminel " et " l'honnête gens ", pratique divisante typique de cette rationalité), mais cette collusion discursive s'est opérée à l'intérieur même d'un espace guerrier-défensif, épure incarnée de cette même rationalité » (2006, p. 277).

protègent aussi l'inclusion sociale des contrevenants, leurs liens sociaux et les conditions favorables à un rétablissement de la paix sociale.

En contraste avec les théories négatives de la rationalité pénale moderne, nous ciblons donc ici des théories d'*intervention* inédites, plus pacifiques que guerrières dans leur représentation du rapport société-délinquant, plus concrètes qu'abstraites dans la poursuite du « bien » collectif ou individuel, plus positives que négatives dans la manière de concevoir la validité des modes de résolution de conflit, plus inclusives qu'atomistes dans la prise en compte des effets spécifiques et collatéraux de l'intervention en ce qui a trait à la préservation, la réparation, voire la reconstruction de liens sociaux concrets. (2017b, p. 18-19, emphase des auteurs/trices, nous soulignons)

Le cadre offert par la théorie de la RPM permet d'observer, quant à notre objet, que les idées dominantes de cette rationalité limitent la capacité de l'intervention à prendre en compte les *effets spécifiques et collatéraux de la sanction*, et à appréhender autrement l'existence des liens sociaux concrets dans le contexte de la détermination de la peine. Comme nous l'avons vu dans cette section, au sein de cette théorie c'est le concept d'*atomisme* qui est employé pour décrire le rapport entretenu par les théories de la peine à l'égard des liens sociaux des personnes condamnées. Ce concept s'avère central pour notre propos, du fait qu'il se réfère notamment à l'entourage de ces personnes ; nous l'aborderons de manière approfondie dans la prochaine section.

2.2 La peine *atomiste* : le dépouillement social de la personne condamnée

No man is an island, entire of itself

Every [hu]man is a piece of the continent, a part of the main.

JOHN DONNE (1624)

D'après le dictionnaire Larousse, le terme « atomisme » réfère à un « système qui considère l'univers comme formé par la combinaison mécanique et fortuite d'atomes »⁸⁹, c'est-à-dire de particules isolées les unes des autres. En philosophie politique, il est

⁸⁹ <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/atomisme/6141?q=atomisme#6119>

principalement utilisé pour caractériser les thèses du contrat social ayant émergé au XVII^e siècle : pour Taylor (1985), les doctrines atomistes sous-tendent la révolution qui s'est opérée à cette époque dans les discours normatifs, notamment avec les travaux de Hobbes, Locke, ou encore de Rousseau. Voilà la manière dont Taylor décrit l'*atomisme* :

Atomism represents a view about human nature and the human condition which (among other things) makes a doctrine of the primacy of rights plausible; [...] [T]he opposed thesis [is] the view that man is a social animal. One of the most influential formulations of this view is Aristotle's. He puts the point in terms of the notion of self-sufficiency (autarkeia). Man is a social animal, indeed a political animal, because he is not self-sufficient alone [...]. [...] [A]tomism affirms the self-sufficiency of man alone or, if you prefer, of the individual. (1985, p. 189, nous soulignons)

Ainsi, pour Taylor le concept d'« atomisme » fait référence à une conception de la nature humaine ; celle-ci part de la prémisse que l'individu et ses droits priment sur cette dernière, par contraste avec la théorie aristotélicienne fondée sur l'idée que l'homme est par nature un animal social, qui ne peut se suffire à lui-même. Comme le remarque Karmis, une position ontologique dite *atomiste* se définit par le fait que « l'individu est considéré autonome au point que son identité n'est pas même en partie constituée par ses relations sociales » (1993, p. 85-86). Pour Taylor, cette manière d'appréhender l'individu domine la théorie politique moderne. La conception *atomiste* des individus constitue une valeur classique de l'individualisme libéral (Mercure, 2005). Elle serait même une représentation nécessaire à la justification des structures politiques fondées sur la prééminence des droits individuels, estime Taylor (1985), qui se montre particulièrement critique à l'égard des théories libérales qui affirment la primauté des droits, notamment parce qu'elles présentent l'autonomie des individus comme étant un fait naturel (Karmis, 1993). Il concède néanmoins que l'on peut reprocher une certaine partisanerie au concept d'« atomisme », admettant qu'il est utilisé presque exclusivement par ses détracteurs (Taylor, 1985).

À cet égard, Den Uyl et Rasmussen (2006) remarquent que ce concept, fréquemment associé au libéralisme, évoque délibérément une conception des relations humaines qui pose problème quant à la construction de communautés. Considérant que l'atomisme libéral est un mythe, ces auteurs se placent radicalement en désaccord avec la vision de

l'atomisme proposée par Taylor : « "atomism" and sociality are not opposed » (2006, p. 847). Pour eux, cet état « exists where society has fragmented and splintered » (p. 848) ; les auteurs reprochent alors à Taylor d'éluder le fait que les communautés peuvent être formées, reformées et modifiées.

Nous n'entrerons pas plus profondément dans le débat opposant les tenants d'un modèle politique libéral, communautariste ou encore libertaire, qui apparaît en filigrane des discussions entourant la notion d'*atomisme*. Soulignons néanmoins l'absence de consensus quant à la manière dont cette notion est représentée et définie au sein des travaux relatifs à la pensée philosophique libérale, et retenons une chose, mise en évidence par le débat qui l'entoure : le concept d'*atomisme* contient indubitablement une coloration critique, voire péjorative. Or, si cette portée critique est certes mobilisée par Pires lorsqu'il affirme que les théories de la peine sont *atomistes*, il l'emploie avant tout dans le cadre d'une démarche descriptive. Revenons maintenant sur ses constats de manière plus approfondie.

Pires utilise d'abord ce qualificatif en référence aux « liens sociaux » dans leur dimension concrète. Ses travaux sur la RPM ont mis en évidence le fait que les théories classiques de la peine conçoivent la protection de la société de manière atomiste, c'est-à-dire, encore une fois, que « la peine – dans la meilleure des hypothèses – n'a pas à se préoccuper des liens sociaux concrets entre les personnes sauf d'une façon tout à fait secondaire et accessoire » (2001b, p. 184). Pires observe également que

[...] les théories rétributive et dissuasive sont atomistes-belliqueuses, c'est à dire qu'elles ne prennent non seulement pas suffisamment en compte l'*obligation morale et juridique* envers la protection positive du lien social, mais qu'elles contribuent à la destruction de ce lien, créant un droit criminel de l'ennemi et une politique de « guerre froide ». (2001a, p. 167)

Dans cet extrait, Pires évoque, d'une part, l'idée que les théories de la peine mettent de côté une *obligation* de protection à l'égard du « lien social » unissant la personne accusée à la société. Cette obligation a une double dimension : elle est morale et juridique. Il met en évidence, d'autre part, les *effets* de l'intervention pénale sur ce lien, qu'on pourrait qualifier d'« abstrait », effets relayés par un mode d'intervention qui fait du contrevenant

l'« ennemi de tous » (Pires, 2008a). Comme il le précise, dans ce contexte, « [l]a condamnation nous libère [...] de toute charge pour maintenir encore le lien social » (2001a, p. 159). Pour lui, « [l]'obligation envers le lien social est *incompatible* avec une utilisation dogmatique de la peine comme "obligation de punir". Seulement dans le cadre d'une vision atomiste, une telle position peut être assumée de façon cohérente » (2001a, p. 167, emphase de l'auteur). L'existence d'une réelle ou apparente contradiction ou incompatibilité entre les valeurs de préservation des liens sociaux et l'intervention pénale refait surface, sur le plan des idées et des valeurs.

Dans le cadre de nos observations empiriques, nous mettrons l'accent sur la problématisation qui concerne les liens sociaux *concrets* dans les processus menant au choix d'une peine, dans la mesure où ceux-ci se trouvent au cœur de notre questionnement. Nous mobiliserons la théorie de la rationalité pénale moderne et sa notion d'*atomisme* comme grille de lecture pour analyser les données issues de la recherche empirique, quitte à ce qu'elle soit ultérieurement raffinée, complétée ou modifiée à l'aune des résultats de la recherche. En effet, la manifestation empirique de l'*atomisme* caractéristique des théories de la peine n'a à ce jour pas fait l'objet d'investigation plus approfondie dans les travaux relatifs à la RPM. Un des objectifs poursuivis par cette recherche consistera donc à approfondir la problématisation de l'*atomisme* de la RPM telle que décrit par Pires, cela à l'aune d'observations empiriques.

Retenons à ce stade que d'après les observations de Pires, la conception de la peine qui domine le système d'idées du droit criminel moderne fait preuve d'indifférence à l'égard des liens sociaux *concrets* des personnes condamnées. La peine est pensée, à travers les différentes théories de la peine, d'une manière déconnectée du monde social qui enveloppe ces personnes. D'ailleurs, la conception de la sanction consacrée actuellement dans le *Code criminel* et dans le *Code pénal* reproduit cette rationalité⁹⁰ : ces cadres légaux invisibilisent l'existence des proches – la peine semble intervenir dans un vacuum

⁹⁰ Voir la section 1.3.3.3.

social, où la personne condamnée est dépouillée des relations qu'elle entretient avec son environnement.

Cette rationalité *atomiste*, qui permettrait, par hypothèse, de ne pas *voir* les proches dans le contexte de la détermination de la peine, ou à tout le moins d'en faire fi, est intimement liée à une autre caractéristique de ces théories : leur caractère *abstrait*. Comme évoqué précédemment, Kaminski met ces deux attributs des théories de la peine en relation, soulignant leur rôle *facilitant* quant au choix d'une peine d'emprisonnement :

[...] le juge qui décide d[e] recourir [à l'emprisonnement] n'a pas à se préoccuper des liens sociaux concrets entre les personnes concernées par cette décision. [...] Cette rationalité atomiste est prolongée et légitimée encore par la croyance confortable que la détention doit ou va produire un bien moral immatériel (l'une ou l'autre des nobles et vertueuses fonctions accordées à l'emprisonnement). Non seulement la prison isole une personne identifiée comme auteur de l'infraction ou condamnée, mais elle isole aussi les membres de sa famille, au nom d'un bien supérieur abstraitement construit. (2008, p. 1)

L'abstraction qui caractérise les théories de la peine peut être mise en relation avec l'abstraction de la figure du « criminel », et la conception atomiste de l'être humain qui, d'après Norrie, se trouvent cristallisées dans les différentes idéologies pénales. Celles-ci sont, selon lui, déconnectées de la nature sociale des individus : « [t]he ideologies of punishment constantly fail to see the social wood for the individual trees », nous dit-il (2014, p. 363). Dubber note également la manière dont le droit criminel est déconnecté de son application concrète : « [d]octrines of substantive criminal law [...] are abstract rules drawn up by legislatures in advance of any conduct to which they may apply and without regard to whom they may be applied » (2006, p. 136). En sus de la conception atomiste de la peine, plusieurs auteurs ont ainsi mis en évidence le fait que les théories classiques de la peine se fondent sur des idées et poursuivent des objectifs abstraits ; elles ne sont pas préoccupées par les *effets concrets* de l'application du droit pénal, comme Kaminski l'évoquait ci-dessus.

Certains idéaux moraux du droit criminel moderne, tels que la justice ou encore la liberté et la protection de la dignité humaine auraient été « dégradés par notre attachement aux théories de la peine et à une conception essentiellement négative et abstraite de la notion

de protection des droits » (Pires, 2001a, p. 145). Il existe ainsi un hiatus entre les valeurs *abstraites* promues par le droit criminel et leur sort *concret* dans le contexte de l'application de ce dernier. Les travaux de Mead (1918) ont été pionniers dans l'observation de cette inadéquation :

Pour [Mead], le droit criminel, comme organisation, défend mais n'exprime pas les valeurs fondamentales [...]. [Il] défend des valeurs abstraites, mais il ne se donne pas pour mission d'exprimer de façon concrète et immédiate les valeurs qu'il défend dans son propre fonctionnement (ni dans son système de pensée). Mead dit que les valeurs que nous protégeons ici sont des valeurs-sacrifice (*sacrifice values*) et non des valeurs d'usage (*values in use*) [...]. (Pires, 2001a, p. 156-157, emphase de l'auteur, nous soulignons)

Or, ce modèle de justice abstraite produit, pour Pires, un « effet d'aveuglement [...] et [d]es conséquences humaines désastreuses » (2001a, p. 158) ; il génère une illusion sur la valeur et la portée de ce qui est induit par sa mise en œuvre.

De ces réflexions, deux éléments sont essentiels pour observer la problématique de cette recherche. D'abord, à travers le caractère atomiste des théories de la peine, la personne condamnée se voit *dépouillée de son tissu social*. Ensuite, à travers le caractère abstrait de ces théories, les *effets concrets de la peine ne préoccupent pas l'intervention pénale*. Pour mieux visualiser ce problème, qui n'est pas qu'un problème théorique mais qui a des conséquences pratiques bien réelles, nous reviendrons sur la question laissée en suspens dans l'introduction de la problématique de la recherche : comment le tribunal a-t-il intégré dans son raisonnement les effets négatifs que la peine pourrait avoir sur les enfants d'Alyssa ? Cette incursion nous sera fort utile pour bien formuler l'hypothèse directrice que le cadre de la rationalité pénale moderne offre à nos questions de recherche.

2.3 L'invisibilisation des proches dans le contexte de la rationalité pénale moderne : vers l'hypothèse directrice

L'histoire d'Alyssa est bien réelle⁹¹, et sa cause a été jugée par un tribunal canadien⁹². La question des *effets sur les proches* a été directement abordée dans la décision du tribunal et nous permet de bien visualiser les apports attendus de la théorie de la RPM à l'observation de notre objet d'étude. Cette démonstration appuiera aussi la formulation de l'hypothèse qui guidera l'observation empirique.

Rappelons brièvement la situation dont il était question : Alyssa a plaidé coupable à une infraction d'importation de cocaïne. C'est sa première infraction ; elle avait vingt et un ans au moment où elle l'a commise. Cinq ans après les faits, un tribunal doit déterminer la peine qu'elle recevra. Aujourd'hui elle est mère de deux filles âgées de trois et sept ans, dont l'une présente une grave déficience auditive, elle est monoparentale et elle est la seule source de revenu et de soutien pour ses enfants. Le dossier contient deux rapports présentenciels qui sont favorables à ce qu'elle purge une peine dans la communauté. Elle ne représente aucun risque manifeste de récidive ni de danger pour la collectivité.

Le procureur de la poursuite réclame une peine de six à huit ans de prison, l'avocat d'Alyssa demande une peine conditionnelle de deux ans moins un jour. Quelle serait la peine « juste et appropriée » pour Alyssa ? Les développements qui précèdent sur la rationalité pénale moderne, et en particulier sur l'*atomisme* et les idées dominantes du système de droit criminel, sont éclairants pour observer le raisonnement adopté par le tribunal.

D'abord, le tribunal *voit et visible* les conséquences qui découleraient du choix d'une peine d'emprisonnement :

[18] [...] In this case the collateral consequences are significant. Obviously a term of imprisonment entails that [the offender], a single mother, will be separated from her children. This might be unfortunate but not exceptional. In

⁹¹ Nous avons néanmoins choisi d'utiliser un prénom fictif et d'en modifier les dates.

⁹² *R. c. Stanberry* (2015).

itself it would not justify a significant adjustment of an otherwise appropriate sentence.

Le tribunal se concentre ici sur les conséquences susceptibles de toucher l'autrice de l'infraction. Il décrit la manière dont une peine d'emprisonnement pourrait affecter ses liens sociaux concrets, en l'occurrence ses relations avec ses filles. Il élargit ensuite son champ d'observation :

[18] [...] But there are two further consequences.

[19] First, the evidence presented makes clear that [the offender's] children will be separated from each other for the duration of her term of incarceration. The effects of this fragmentation of the family in the development of young children, even long after the expiry of the term of imprisonment, are not subject to precise measurement: but they are certain to follow. Second, [the offender] will be separated from her younger daughter who suffers from serious medical difficulties that will have long-lasting effects.

[20] [...] In every other sense these collateral consequences will be direct and they will endure with great force not only for the duration of the term of imprisonment but beyond its expiry. They will entail what can only be described today as incalculable adverse effects both for the offender and her children. [...].
(nous soulignons)

Ici, on peut observer que le tribunal *voit* les conséquences désastreuses d'une peine de prison *sur les enfants* d'Alyssa : en cas d'emprisonnement, ses filles seront placées en foyer ou en familles d'accueil, elles seront séparées l'une de l'autre et exposées à des difficultés considérables, qui dépasseront de loin la durée de l'emprisonnement de leur mère.

À la lumière des outils offerts par la théorie de la rationalité pénale moderne, on peut dire qu'on voit apparaître ici des éléments *inattendus*, qui s'éloignent du caractère *atomiste* de la RPM : d'abord, le tribunal considère les liens sociaux d'Alyssa. Ceux-ci ne sont pas construits comme *secondaires ou accessoires*, pour reprendre les mots de Pires (2001b), mais sont au contraire mis en lumière et constituent un sujet d'attention important pour le tribunal. Ensuite, et c'est là un élément qui tranche plus radicalement avec la RPM, le tribunal souligne les conséquences sérieuses d'un emprisonnement *sur les enfants* d'Alyssa. Il exprime ici une *préoccupation* à l'égard des liens sociaux concrets de la

personne jugée, mais également à l'égard de personnes qui ne sont pas les *destinataires juridiques directes* de la décision.

On peut qualifier ce raisonnement de *déviant* par rapport à la RPM, à travers la considération d'éléments extérieurs à l'infraction mais également à la personne condamnée, en l'occurrence les effets de la décision sur des tiers. Autrement dit, la communication du tribunal n'est pas *atomiste*, et le tribunal considère les conséquences directes sur les liens sociaux et la vie des personnes qui adviennent *de sa propre intervention*. Voyons la suite de son raisonnement. Le tribunal, après avoir noté que l'infraction reprochée ne prévoyait pas de peine minimale (par. 11 et 14), considère d'abord la « fourchette »⁹³ des peines issue de la jurisprudence :

[14] [...] I have decided that the evidence in this case justifies some deviation from the typical sentence of six (6) to eight (8) years. This conclusion must be considered in a comparative examination of the jurisprudence, which begins with a broad statement of general application. [...]

Ensuite, le tribunal indique qu'il doit tenir compte des « conséquences collatérales » de la peine qu'il s'apprête à infliger, parce qu'elles risquent d'amplifier la sévérité de la peine d'une manière disproportionnée. Après avoir examiné la gravité de l'infraction et les éventuels facteurs atténuants, le tribunal insiste sur les conséquences « incalculables » et de longue durée d'une peine d'emprisonnement sur les enfants d'Alyssa. Il va néanmoins écarter la possibilité d'infliger une peine d'emprisonnement avec sursis, malgré la visibilité marquée des coûts sociaux associés à un tel choix⁹⁴ :

[24] [...] [T]he jurisprudence in cases involving the importation of cocaine clearly requires a firm sentence, even if that sentence also gives due expression to considerations such as rehabilitation and an enhanced sense of responsibility in the offender. This conclusion is in no way diminished by taking into account collateral consequences because, as just noted, any adjustment for collateral consequences cannot justify a deviation from the requirement for a

⁹³ Sur les « fourchettes » de peine, voir la note 57, à la page 74.

⁹⁴ Précisons qu'à l'époque où l'infraction a été commise, soit en 2010, l'octroi d'un sursis était *possible* sur le plan légal ; voir l'article 6 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* et l'article 742.1 C.cr. en vigueur à cette époque, ainsi que l'article 11i) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui prévoit que « Tout inculpé à le droit [...] de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence. »

proportionate sentence in the circumstances of the case. I am also mindful of jurisprudence to the effect that the effect of a severe sentence on the ordinary course of family life cannot in itself change the nature of a fit sentence. [...] But the basic point remains that no adjustment for mitigating factors or collateral consequences can justify what would otherwise be a disproportionate and unfit sentence.

[25] [...] A conditional sentence is not justified because the circumstances of the case are not exceptional. Such a sentence would fail to meet the requirements of an exemplary sentence that gives due expression to the objectives of denunciation and deterrence in cases concerning the importation of over one kg of cocaine. (nous soulignons)

Plusieurs éléments semblent ici limiter la possibilité pour le tribunal de se responsabiliser pour éviter les coûts sociaux de la peine qui seraient *évitable*s, et pour la prise en considération de la préservation des liens familiaux et sociaux d'Alyssa. Tout d'abord, la « fourchette » des peines : ici, cette « fourchette » fait écran à *la possibilité* de choisir une sanction non carcérale. Son emploi vient limiter les possibilités du tribunal sur le plan décisionnel en maintenant la peine dans une tranche temporelle dont il est difficile de s'écarter cognitivement. Pour décrire l'influence considérable de la fourchette des peines sur la sélection des possibilités relatives à la peine, Dubé parle d'une « contrainte sociale exercée par la cour d'appel » (2017, p. 85) ; en tous les cas, il s'agit d'une contrainte *institutionnelle*, créée par les tribunaux eux-mêmes, et non par la loi.

Le tribunal emploie ensuite la distinction *situation exceptionnelle* vs *situation non exceptionnelle* pour fonder sa décision : d'après cette communication, la présence d'une situation exceptionnelle serait nécessaire pour envisager une peine non carcérale, cette nécessité étant fondée dans les objectifs de dénonciation et de dissuasion de la peine, ainsi que dans la mise en œuvre du principe de proportionnalité⁹⁵. Les conséquences de la peine sur les enfants d'Alyssa sont mobilisées uniquement en lien avec le *quantum* de la peine, et non avec sa nature :

[26] This does not imply that mitigating factors or collateral consequences should not have a material bearing on the sentence imposed in this case, especially to give weight to the objectives of rehabilitation and an enhanced

⁹⁵ Nous reviendrons sur cet aspect dans la section 5.4.1, où nous verrons que la nécessité d'une « exceptionnalité » des effets de la peine de prison pour pouvoir les considérer dans la détermination de la peine est présente dans les représentations des acteurs/trices.

sense of responsibility in the offender. With respect to the collateral consequences in this case, I take them into account to ensure respect for proportionality and the individualisation of sentences. My justification for doing so is to ensure that the collateral consequences do not disproportionately magnify the severity of the sentence. I have already identified both the mitigating factors and the collateral consequences that are material to this case. On this basis I conclude that the evidence of these two elements justifies a sentence of forty-five (45) month [of imprisonment]. (nous soulignons)

La peine imposée est ainsi une peine d'emprisonnement ferme de presque quatre ans. Si l'article 718.2 d) C.cr. prévoit que le tribunal doit examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes avant d'envisager la privation de liberté, cet examen est ici réduit à un exercice rhétorique : si le tribunal mentionne cette disposition en note de bas de page, nulle part il n'examine concrètement et substantiellement la possibilité d'avoir recours à une autre peine que l'emprisonnement, alors même que les effets de cette sanction ont été vus et décrits par le tribunal. La peine est présentée comme *juste* parce qu'elle est réduite dans sa durée ; la prise en compte des effets concrets de l'emprisonnement est alors noyée dans le « calcul » de l'atténuation de la peine, qui s'articule uniquement autour de l'aspect temporel de la peine⁹⁶. La prééminence du quantum de la peine qu'on peut observer dans cet exemple a été problématisée par Kerr, avec l'expression « duration focus » :

Rather than grappling with the central features of imprisonment, the duration focus accepts and reproduces the official narrative of the modern prison – the official, but misleading, narrative that the prison is able to deliver uniform, proportionate sanctions that can be measured and evenly distributed in units of time. So the story goes; since imprisonment is nothing more or less than the deprivation of liberty, the severity of the sanction can be measured by selecting the amount of time in which liberty will be deprived. (2019, p. 102, nous soulignons)

⁹⁶ Cet élément est intéressant à observer à partir du travail de Garland sur le traitement du « corps » dans le contexte du sentencing : « Law characterizes imprisonment as a "deprivation of liberty," a representation that implies a suspension of individual rights rather than a regime of bodily containment and physical deprivations. This characterization enables the courts (and sentencing theorists) to neglect the question of the qualitative conditions of confinement and to focus more or less exclusively on questions of temporal duration. It is as if imprisonment were a kind of license suspension that lasts for a set period of time, during which it denies to the individual some specified liberties to which he or she would otherwise be entitled. As a consequence, the only issue for the law, and the only question for sentencing theory, is how long should this suspension last. » (2011, p. 768-769, nous soulignons)

Ces propos résonnent fortement avec le raisonnement observé dans *R. c. Stanberry* (2015) : la prise en considération des conséquences de la peine sur les enfants d'Alyssa s'ancre dans un raisonnement axé sur *la durée de la peine* et non pas sur le *type de peine*, qui s'avère incompatible avec la préservation des liens sociaux et les soins à apporter aux enfants. C'est autour de cette variable que l'application des principes de proportionnalité et d'individualisation de la peine va s'articuler. En diminuant la durée de la peine, le tribunal estime qu'ainsi modifiée, elle ne « magnifie plus la sévérité de la peine d'une manière disproportionnée ». Au verso de ce calcul « arithmétique » de la peine se loge une conception de la proportionnalité qui s'inscrit dans la rationalité pénale moderne : la valorisation de l'exclusion sociale et la centralité de la peine de prison ne laissent aucune place à l'*idée même* de sanctionner par une peine non carcérale (voir Garcia, 2013). Cette perspective rend la prise en compte des *conséquences de la peine sur les enfants* inopérante dans sa capacité à les protéger contre une sanction qui porterait substantiellement atteinte à leur bien-être.

En reprenant librement la pensée de Garcia (2010), qui fait référence à Garland, on constate ici que le sens donné au médium « proportionnalité de la peine » est construit autour des théories de la rétribution et de la dissuasion. Ce raisonnement vient « [...] limiter les possibilités de réception des sanctions non intentionnellement afflictives » (Garcia, 2010, p. 15). Ces théories semblent représenter un obstacle majeur à une prise en compte *substantielle* des effets de la peine sur Alyssa et ses filles. Nous nous retrouvons face à une situation paradoxale : ici, les effets de la peine sont *visibles*, ici l'importance de préserver les liens familiaux est *reconnue* ; pourtant, le potentiel contenu dans ces éléments *positifs*, invitant à un choix de peine non carcérale, est neutralisé par le rappel des idées négatives contenues dans les théories de la peine au cœur de la rationalité pénale moderne. En demeurant dans ce cadre de référence, la sélection du *non atomisme* s'opère de manière juxtaposée aux autres caractéristiques de la RPM avec le résultat concret suivant : l'atomisme revient au galop, les liens sociaux replongent dans l'ombre.

Ce constat rejoint l'idée, formulée par Cauchie et Kaminski (2007), voulant qu'une communication du système de droit criminel moderne qui serait *non atomiste* est une

condition nécessaire mais non suffisante à l'innovation en matière pénale. Dit autrement, la visibilisation et la problématisation des *effets de la peine sur les proches*, lorsqu'elles surviennent, peuvent s'avérer limitées dans leur portée concrète par l'activation de théories de la peine qui valorisent la souffrance et/ou l'exclusion sociale. Considérant cela, cette recherche observera les différentes configurations dans lesquelles s'opère – ou non – la problématisation des *effets de la peine sur les proches* dans le contexte de la détermination de la peine. Rappelons ainsi la question directrice de la recherche :

Comment les juges observent-ils et problématisent-ils les effets de la peine sur les proches au moment de la détermination de la peine ?

En nous inspirant librement du raisonnement de Pires (2013) et de la théorie de la rationalité pénale moderne, nous sommes maintenant en mesure de formuler l'hypothèse directrice qui guidera le volet empirique de cette recherche :

L'atomisme caractéristique des théories de la peine fonctionne comme un mécanisme de neutralisation (i) quant à la visibilité des proches et des effets potentiellement néfastes de la peine sur ces personnes et sur la préservation des liens sociaux et (ii) quant à la possibilité, même quand ils sont visibles, de leur prise en considération *substantielle* lors du choix de la peine. Dans un cas comme dans l'autre, le système de droit criminel qui communique la peine *doit, et va, s'appuyer sur des idées qui l'empêchent de voir ce qu'il est en train de faire*, eu égard aux proches et à la préservation des liens sociaux des personnes condamnées.

Cette hypothèse guidera l'observation, et évoluera progressivement au contact des données recueillies. Avant d'exposer les considérations méthodologiques liées à cette étude, nous tenons à conclure ce chapitre avec une précision importante sur la manière dont nous allons observer et opérationnaliser les théories de la peine de la rationalité pénale moderne dans le contexte de la recherche empirique.

2.4 Les théories de la peine en tant que « théories pratiques » : leur statut et opérationnalisation en tant qu'outils pour observer les points de vue des juges

Maintenant que nous avons une connaissance approfondie du cadre théorique que nous avons adopté, que nous avons exposé sa pertinence théorique tout comme la façon dont il opère sur le plan de la jurisprudence et de la détermination de la peine, il est essentiel de bien expliciter le statut que nous accorderons aux théories de la peine. S'il apparaît indispensable de bien saisir les contours de la RPM et les caractéristiques des théories de la peine que les acteurs et actrices ont à leur disposition pour sélectionner la peine juste et adéquate (est-ce que les proches existent – ou non – au sein de ces théories, comment sont-ils – ou non – pris en considération, etc.), il importe aussi de s'assurer que nous ne sommes pas coincée, comme chercheuse, dans le même piège que celui qui a empêché Alyssa de rester auprès de ses enfants. C'est Pires lui-même qui invite à cet exercice de réflexivité, utile pour éviter le danger d'« obnubilation » produit pas la rationalité pénale moderne :

[L]es sciences sociales, la philosophie et le savoir juridique éprouvent de grandes difficultés à penser le crime et le système pénal sans appliquer à ces objets les catégories de pensée produites et garanties par la rationalité pénale elle-même. L'esprit de peine obnubile la pensée des chercheurs qui étudient le système pénal ou le droit pénal. En effet, ces savoirs ne réussissent pas à prendre suffisamment de recul par rapport au système de pensée et aux pratiques institutionnelles qu'ils sont censés décrire et analyser. Cette distance critique exige la possibilité théorique de pouvoir décrire la configuration effective de ce système comme étant une possibilité parmi d'autres (et non nécessairement la plus heureuse) d'actualisation du système. La rationalité pénale moderne constitue alors un obstacle épistémologique à la connaissance de la question pénale [...]. (Pires, 2001b, p. 183-184, emphase de l'auteur, nous soulignons)

Pour éviter le piège décrit, c'est-à-dire celui de ne pas nous distancer convenablement des catégories de la RPM dans l'étude de notre objet, nous allons faire quelques remarques qui nous aideront à opérationnaliser ces éléments centraux de notre cadre théorique que sont les théories de la peine, en étant très claires par rapport au statut que nous leur accorderons.

Les théories de la peine décrites par la théorie de la RPM peuvent être appréhendées de différentes manières selon la dimension privilégiée par l'observateur/trice (Garcia, 2013). Pour Pires (2008b), au moins cinq concepts sociologiques permettent de caractériser ces théories. Elles sont ainsi :

- des « théories pratiques », au sens où l'entend Durkheim ;
- des « théories de la réflexion », au sens où l'entend Luhmann ;
- des « formations discursives », au sens où l'entend Foucault ;
- des « vocabulaires de motifs », au sens où l'entend Mills ;
- des « cadres de l'expérience », au sens où l'entend Goffman.

Comme le relève Garcia (2013), ces conceptions ont toute leur utilité et permettent de mettre en relief les différentes dimensions des théories de la peine. Or, « [le concept] de "théorie pratique" est plus utile que les autres pour comprendre la relation entre les théories de la peine et l'exercice de la détermination de la peine » (Garcia, 2013, p. 45). Dans la mesure où la recherche est centrée sur cette étape, et qu'elle prendra comme point d'observation le point de vue des acteurs et actrices judiciaires détenant un rôle clé dans ce contexte⁹⁷, nous privilégierons la conception des théories de la peine en tant que *théories pratiques* aux fins de l'étude empirique. Elle mérite ainsi que nous présentions plus amplement sa signification.

Dans son ouvrage *Éducation et sociologie* (1922), Durkheim décrit ce qu'il nomme des « théories pratiques ». Se situant à mi-chemin entre la science et la pratique (Garcia, 2013), ces théories sont

[...] des combinaisons d'idées, non des combinaisons d'actes, et, par là, elles se rapprochent de la science. Mais les idées qui sont ainsi combinées ont pour objet, non d'exprimer la nature des choses données, mais de diriger l'action. Elles ne sont pas des mouvements, mais sont toutes proches du mouvement, qu'elles ont pour fonction d'orienter. Si ce ne sont pas des actions, ce sont, du moins, des programmes d'action [...]. (Durkheim, 1922, p. 69, cité par Garcia, 2013, p. 45)

⁹⁷ Voir le chapitre 3, qui traite de la méthodologie de recherche.

Leur objectif n'est pas de décrire ou d'expliquer ce qui est ou ce qui a été, mais de déterminer ce qui doit être. Elles ne sont orientées ni vers le présent, ni vers le passé, mais vers l'avenir. Elles ne se proposent pas d'exprimer fidèlement des réalités données, mais d'édicter des préceptes de conduite. Elles ne nous disent pas : voilà ce qui existe et quel en est le pourquoi, mais voilà ce qu'il faut faire. (Durkheim, 1922, p. 67, cité par Garcia, 2013, p. 46, nous soulignons)

Suivant cette description, les théories de la peine sont ainsi « des théories qui proposent [sans néanmoins déterminer] certaines pratiques » (Pires, 2008b, p. 5). Considérant cela, Garcia invite à

[...] se préserver de tout déterminisme : la rationalité pénale moderne n'est pas une théorie qui vise à expliquer le comportement des acteurs judiciaires. Elle prétend décrire un système de pensée institué au cœur même des structures cognitives du système de droit criminel moderne. Elle n'a pas la prétention d'expliquer les comportements individuels ou les croyances personnelles des acteurs. [...] [L]es théories de la peine ne sont pas elles-mêmes des « normatively binding decisions », il faut plutôt les concevoir, au niveau cognitif, comme organisant « the opaque material with which legal practice is faced and turn it into problem-related and case-related constellations » (Luhmann, 1993 : 53). (Garcia, 2010, p. 148, nous soulignons)

En reprenant l'expression de Luhmann, on peut formuler l'hypothèse voulant que les effets sur les proches constituent une partie du « opaque material » en jeu pour les actrices et acteurs durant le processus décisionnel, et que la perception de ce matériel est orientée par les idées valorisées par la RPM.

Par ailleurs, les développements qui précèdent invitent à distinguer la notion de *théories pratiques* de LA pratique des acteurs et actrices : ce que cette caractérisation signifie, c'est que les théories de la peine constituent une manière de *concevoir la punition*, et non nécessairement de la pratiquer. Ainsi, loin de prétendre établir une cause directe entre ces théories et le choix concret des sanctions, Garcia préfère « adopter une attitude plus prudente sur le plan théorique et épistémologique » (2013, p. 46) : elles serviraient entre autres aux acteurs et actrices afin de légitimer certaines pratiques, en lien notamment avec la favorisation de certaines sanctions plutôt que d'autres, « sans déterminer quoi que ce soit » (2013, p. 46). Comme elle l'expose,

[l]es théories de la peine (qui proposent des combinaisons d'idées) guident l'acteur dans sa prise de décision et ont donc rapport à l'action (ou à la

sélection). Les théories de la peine servent le système pénal de la même manière que la pédagogie sert l'éducation [...]. [E]n matière de sanctions [elles] indiquent aux autorités les possibilités admissibles ou valorisées en matière de sanction et les possibilités non admissibles ou non valorisées, les possibilités à privilégier par rapport à d'autres « possibilités possibles ». (2013, p. 46).

Les pratiques des acteurs et actrices peuvent aussi aller à l'encontre des possibilités valorisées⁹⁸. Qui plus est, suivant l'invitation formulée par Cauchie et Kaminski, il faut se garder de mobiliser le concept de *rationalité pénale moderne* comme une réponse à tout :

[i]l n'est par exemple en aucun cas un synonyme du droit pénal moderne ni même du droit pénal classique. Cette rationalité dominante n'instaure pas les garanties juridiques propres au droit pénal moderne pas plus qu'elle n'est responsable de principes essentiels qui le fondent (égalité, légalité, proportionnalité). Mais là où son parasitage joue, c'est dans la manière dont le système de droit pénal moderne met en forme et limite ces garanties, principes et concepts. Avoir la rationalité dominante en tête est donc surtout utile pour observer, décrire et comprendre comment le système de droit pénal évolue ou encore comment il n'évolue pas ; pourquoi il reste indifférent ici et se montre alerte ailleurs. (2007, par. 16, nous soulignons)

Considérant cela, c'est la portée heuristique de la théorie de la RPM qui sera mobilisée dans cette recherche. Nous utiliserons les travaux relatifs à cette théorie en tant qu'outils méthodologiques, permettant de construire des hypothèses et d'observer les rationalités mobilisées par les acteurs et actrices en lien avec l'existence des proches des personnes condamnées. Concevoir les théories de la peine en tant que « théories pratiques » permettra, durant l'étude empirique, d'observer leur influence sur la manière de penser l'existence des proches par les juges en lien avec le choix de la peine. Cela étant dit, lors de la réalisation des entretiens de recherche nous aurons la discipline de mettre ce cadre théorique « en suspens » pour pouvoir observer l'ensemble des rationalités guidant les acteurs et actrices de ce système en lien avec la prise en considération des proches. La rencontre avec ces acteurs/trices exigera de nous de pratiquer une attitude « hélicoptère » et critique des idées dominantes en matière pénale, en l'occurrence la théorie de la RPM. Ces remarques nous amènent à des précisions supplémentaires sur la méthodologie de recherche, que nous présenterons dans le chapitre suivant.

⁹⁸ Sylvestre, Bellot et Chesnay (2012) remarquent à ce titre que certains discours transcendent parfois les théories de la peine

Chapitre 3 – La méthodologie de recherche

Introduction

Ce troisième chapitre vise à présenter la méthodologie mise en œuvre dans le cadre de cette recherche. Après avoir dessiné la problématique d'une façon à pouvoir contribuer au développement conceptuel du champ de recherche qui nous occupe, l'objet de l'étude et les questions de recherche nous ont amenées à privilégier une approche empirique, centrée sur des entretiens semi-dirigés. Quoique moins conventionnelle dans les recherches en droit, cette approche méthodologique est néanmoins traditionnelle dans le champ des sciences sociales.

Les développements qui suivent ont pour objectif d'explicitier notre démarche. Nous exposerons d'abord certaines considérations générales en lien avec notre enquête **(3.1)**. Nous détaillerons ensuite la stratégie de recherche qui a été retenue afin de constituer l'assise empirique de la recherche, soit la réalisation d'entretiens semi-dirigés **(3.2)**. Enfin, nous décrirons la méthode d'analyse des données récoltées **(3.3)**.

3.1 Considérations méthodologiques générales

Avant de décrire la méthodologie mobilisée pour mener le volet empirique de cette recherche, nous rappellerons les objectifs et l'hypothèse à partir desquels le devis de recherche a été conçu **(3.1.1)** et nous exposerons les motifs justifiant la mobilisation d'une approche qualitative **(3.1.2)**. Suite à cela, nous présenterons notre technique de collecte des données, soit les entretiens semi-dirigés **(3.1.3)**.

3.1.1 Les objectifs de la recherche

Comme nous l'avons exposé dans les chapitres 1 et 2, cette recherche vise à explorer la manière dont les effets de la peine sur les proches des personnes condamnées sont problématisés dans le contexte de la détermination de la peine. La revue de littérature

présentée dans le chapitre 1 fait état d'un déficit de connaissances à cet égard : si les proches sont susceptibles d'être affectés à maints égards par la peine infligée à la personne faisant l'objet de l'intervention pénale, la manière dont leur existence est problématisée au moment de l'infliction de cette peine n'a pas fait l'objet d'explorations théoriques et empiriques substantielles dans la littérature. Nous avons ainsi formulé la question directrice qui oriente cette recherche : comment les juges observent-ils/elles et problématisent-ils/elles les effets de la peine sur les proches au moment de la détermination de la peine ?⁹⁹

En nous appuyant sur les travaux relatifs à la théorie de la rationalité pénale moderne¹⁰⁰, nous avons ensuite observé que les théories de la peine qui dominent le système d'idées du droit criminel moderne ne considèrent pas, sauf de manière accessoire, les liens sociaux de la personne condamnée. À l'issue du chapitre 2, nous avons formulé l'hypothèse voulant que l'atomisme caractéristique des théories de la peine, décrit par Alvaro Pires (2001b), revêtirait les traits d'un *mécanisme de neutralisation* quant à la visibilité des proches, et des effets potentiellement néfastes de la peine sur ces personnes. Elle viendrait également faire obstacle à leur prise en considération substantielle lors du choix de la peine.

Considérant ce qui précède, les objectifs théoriques et empiriques de cette recherche sont les suivants :

- 1) Décrire la manière dont *les effets de la peine sur les proches* sont problématisés par les juges dans le contexte de la détermination de la peine. Cet objectif se découpera en deux volets :
 - a. Décrire les représentations des juges sur *les proches des personnes condamnées* ;
 - b. Décrire les représentations des juges sur *les effets qu'une peine peut impliquer* pour ces personnes ;

⁹⁹ Voir la section 1.4, où nous déplaçons cette question directrice en trois sous-questions de recherche.

¹⁰⁰ Voir le chapitre 2.

- 2) Décrire les rationalités mobilisées par les actrices et acteurs en lien avec la prise en considération des effets sur les proches, au moment du choix de la peine ;
- 3) Tester empiriquement la pertinence de la théorie de la rationalité pénale moderne quant à la compréhension des obstacles cognitifs à la prise en considération substantielle des effets de la peine sur les proches, dans le contexte de la détermination de la peine.

Ces objectifs invitent à mobiliser des logiques de recherche différentes : pour y répondre, nous juxtaposerons des démarches d'analyse déductives et inductives, dans la mesure où cette approche s'avère pertinente eu égard à ces objectifs. Une telle stratégie a été décrite ainsi par Bernheim, Gesualdi-Fecteau, Noreau et Fortin :

[...] la démarche inductive peut intervenir de manière plus ou moins souple à l'étape de l'analyse des données. Ainsi, un projet qui procède en partie par démarche déductive, notamment par une revue de la littérature, la construction d'une problématique de recherche et l'élaboration de questions de recherche, peut orienter en partie l'analyse en fonction des données elles-mêmes, puis soutenir une théorisation fondée empiriquement. (2021, p. 14)

Ainsi, pour le premier objectif, il s'agit d'une logique de description, de découverte et d'exploration, de nature essentiellement inductive. En effet, nous ne disposons d'aucune théorie préalable pour orienter la construction de la recherche et l'analyse des données. À notre connaissance, aucune recherche ne s'est donné cette tâche à ce jour. Par conséquent, pour cet objectif, le schéma d'intelligibilité sera ancré dans l'observation empirique (Glaser et Strauss, 1967 ; voir aussi Garcia, 2010). Nous viserons à contribuer à l'élaboration d'une description théorique des représentations des *proches des personnes condamnées* et des *effets de la peine* sur eux, à partir du point de vue des actrices et acteurs interviewé-e-s.

Pour les deuxième et troisième objectifs, la logique de recherche combinera une démarche de vérification et une logique de découverte. La théorie de la RPM a décrit la place secondaire des liens sociaux de la personne condamnée dans les théories de la peine, à partir du concept d'*atomisme* ; cette description théorique s'avère féconde pour observer les idées entourant les effets de la peine sur ces liens, essentiellement quant à

l'auteur/trice d'une infraction. Toutefois, les développements théoriques relatifs à l'atomisme n'ont jamais fait l'objet d'une exploration empirique et demeurent succincts dans les travaux relatifs à la théorie de la RPM ; ils appellent à une élaboration plus détaillée. Considérant cela, pour répondre aux objectifs de la recherche, nous observerons si et comment l'*atomisme* des théories de la peine décrit par Pires se manifeste dans l'empirie. En quoi les travaux sur la RPM permettent-ils de comprendre la manière dont les effets de la peine sur les proches sont problématisés ? Au-delà des liens sociaux de la personne condamnée, comment l'existence de tiers affectés par l'intervention pénale est-elle appréhendée par les acteurs et actrices en charge de la détermination de la peine ? En mettant à l'épreuve de l'empirie les constats que la théorie de la RPM dresse sur l'*atomisme* caractéristique des théories de la peine, cette recherche vise à apporter des connaissances sur un aspect de la RPM peu exploré à ce jour.

3.1.2 De la pertinence d'une approche qualitative

Pourquoi recourir à une méthode de recherche fondée sur une étude empirique, de nature qualitative ? À l'aube de cette recherche, c'est un constat relatif au silence de la loi eu égard aux proches qui a constitué le déclencheur et le moteur de notre réflexion : lorsque nous avons commencé à nous interroger sur la place des proches dans le contexte de la détermination de la peine, c'est leur invisibilité qui nous a frappé aux yeux. Comme nous l'avons vu dans le premier chapitre, le traitement juridique de ces personnes s'avère extrêmement limité¹⁰¹ : dans les deux législations mises sous la loupe, soit le droit canadien et le droit suisse¹⁰², le cadre légal de la détermination de la peine ne dit rien, ou presque, sur la manière dont les proches des personnes condamnées devraient être appréhendés et considérés dans ce contexte par les actrices et acteurs qui déterminent la peine.

Or, si la loi ne problématise pas les effets de la peine sur les proches, ni la place des proches en lien avec la sanction, cela ne signifie en aucun cas que ces personnes et ces

¹⁰¹ Voir la section 1.3.3.

¹⁰² Nous exposerons dans la section 3.2.3 les raisons qui nous ont poussés à mener la recherche dans ces deux pays.

effets soient inexistants dans le raisonnement des actrices et acteurs. Autrement dit, si la loi est certes intéressante à considérer, notamment au regard de sa vocation quant à l'orientation des comportements des individus, elle n'apprend rien sur la manière dont les acteurs et actrices du droit *perçoivent* la question qui nous occupe, et sur ce qu'ils et elles *font* lorsque confronté-e-s à l'existence des proches dans le contexte décisionnel du choix de la peine. Nous l'avons exposé antérieurement, l'état actuel des connaissances sur cette question est peu développé¹⁰³.

Cette quête des représentations des juges sur les proches et sur les effets de la peine à leur égard, de par sa vocation exploratoire, appelait à mobiliser une méthode capable de saisir la manière dont les actrices et acteurs perçoivent ces éléments, et d'observer comment ces représentations se reflètent *dans la réalité vivante* de leur activité professionnelle quand arrive le moment de choisir la peine adéquate. En d'autres mots, il s'agissait d'explorer, au-delà de l'absence des proches dans la loi pénale, la manière dont ces personnes *existent* dans le contexte de la détermination de la peine. Considérant cela, une recherche empirique, qui mobilise les outils fournis par les sciences sociales, nous est apparue rapidement comme une approche particulièrement appropriée pour mener notre étude.

Contrairement à une analyse juridique plus classique, où les sources formelles du droit sont essentiellement mises sous la loupe, la recherche empirique en droit cherche,

[...] dans une logique complémentaire [à celle des sciences sociales, à] aborder un phénomène social du point de vue des acteurs individuels et collectifs, et [à] dépasser ainsi la qualification juridique des faits et l'encadrement de ce phénomène par le droit. (Taché, Zimmermann et Brisson, 2011, p. 522)

Afin d'adopter un regard externe sur le droit, la recherche empirique en droit mobilise notamment des méthodes issues des sciences sociales pour observer. Cette recherche a été construite en mobilisant un cadre théorique, provenant des sciences sociales, qui « prend le droit aux sérieux » et qui offre des outils conceptuels susceptibles de

¹⁰³ Voir la section 1.3.2.

fonctionner en tant que canevas d'observation¹⁰⁴. Notre posture s'enracinera dans l'idée voulant que la recherche empirique en droit doive être menée *avec le droit*, tel que proposé par Garcia (2011) :

[...] la sociologie du droit « avec le droit » [...] exige de la part de celui qui la pratique un effort en vue de thématiser le droit en tant que tel. Il est possible d'observer, dans cette autre sociologie du droit, notamment la façon dont le système juridique se décrit et s'auto[-]observe ou la manière dont il prend en considération le point de vue des acteurs sociaux, etc. [...] Une sociologie du droit « avec le droit » cherche ainsi à saisir les conventions, les concepts, les idées, les théories et les systèmes d'idées du système juridique. (2011, p. 424-425)

L'intérêt d'une telle approche est, toujours selon Garcia, d'offrir un réel dialogue entre les sciences sociales et le droit :

[...] ce type d'approche est susceptible de transformer la recherche en droit, de faire en sorte que les recherches produites d'un point de vue externe puissent intéresser les juristes, et ultimement, contribuer à l'évolution « informée » des modèles normatifs construits par le point de vue interne, [...]. L'hypothèse que nous souhaitons mettre en avant [...] est qu'une sociologie du droit « avec le droit » apporte, pour l'évolution des connaissances à la fois scientifiques et juridiques, un « quelque chose d'autre » qu'une sociologie du droit « sans le droit » ne peut apporter : elle dirige le regard vers des idées, des formes de fonctionnement, des contraintes et des possibilités qui resteraient autrement peu visibles. Il ne s'agit donc pas de hiérarchiser ces deux points de vue, mais plutôt d'apprécier, dans une perspective de complémentarité, les contributions qui peuvent en découler et leurs limites. (2011, p. 425)

C'est cette perspective dialogique quant à la recherche en droit que nous avons privilégié pour cette étude. À la suite de Garcia, nous pensons que la recherche en droit appréhendée ainsi peut constituer « une source *non officielle* de normativité qui peut contribuer [...] à l'intégration de différents points de vue normatifs autour de la même question » (2020, p. 665, emphase de l'autrice).

¹⁰⁴ Pour conceptualiser ce type de recherche, Garcia s'inspire de la distinction formulée par Luhmann (1985) entre deux types de sociologie du droit : celle qui se fait avec le droit et celle qui se fait sans le droit. À cet égard, Weller (2011) parle aussi de sociologie compréhensive, « attentive à prendre le droit au sérieux et à rendre compte des activités de ceux qui s'en saisissent » (p. 352), en faisant référence aux travaux de Lascoumes et Serverin, et d'Israël.

Considérant ces éléments, pour répondre aux objectifs de la recherche, nous avons privilégié une étude de nature qualitative, dont la méthodologie est issue des sciences sociales. Son corpus empirique sera composé de données issues de la réalisation d'entretiens auprès d'acteurs et actrices judiciaires. Nous détaillerons maintenant cette méthode de collecte des données.

3.1.3 L'entretien semi-dirigé comme méthode de collecte des données

La question de recherche qui oriente cette étude est la suivante : comment les juges observent-ils/elles et problématisent-ils/elles les effets de la peine sur les proches au moment de la détermination de la peine ? Cette question nous a amenées à choisir une stratégie de recherche à même de favoriser l'accès aux *rationalités* déployées par des juges quand ils/elles réfléchissent aux éléments qui informent leur processus décisionnel menant aux choix d'une peine. Nous aurions pu, en mobilisant une analyse jurisprudentielle, chercher à décrire le traitement judiciaire global dont les proches font l'objet dans le contexte de la détermination de la peine. Cette avenue nous est néanmoins apparue comme présentant certaines limites.

D'abord, pour ce qui est du Canada, entre 80 et 90 % des dossiers en matière criminelle se soldent par un plaidoyer de culpabilité (voir notamment Euvrard et Leclerc, 2015) ; ces plaidoyers sont très souvent accompagnés de suggestions communes des parties sur la peine, qui sont majoritairement entérinées dans la pratique (Piccinato, 2004). Ainsi, pour ces dossiers, même si la situation des proches peut avoir été discutée dans le cadre de la négociation de la suggestion commune sur la peine, cet aspect aurait échappé à l'observation. Qui plus est, que ce soit au Canada ou en Suisse, de nombreuses décisions sur la peine ne font pas l'objet de publication et leur repérage aurait posé des problèmes d'accès aux données.

De plus, la jurisprudence constitue une source de données insuffisante pour observer la manière dont les juges problématisent l'existence des proches et des effets de la peine : en effet, « les motivations des jugements sont des reconstructions *a posteriori* » (Beyens,

2000, citée par Vanhamme et Beyens, 2007, p. 204), et constituent des outils de légitimation des décisions judiciaires, autant qu'un récit sélectif construit par les tribunaux. Au-delà des arguments formels présents dans ces décisions, comme le relèvent Dubé et Garcia, « [l']analyse jurisprudentielle [...] ne permet pas, au même titre que le ferait l'entretien qualitatif, de travailler la question des perceptions » (2019, par. 5).

Considérant ces différentes limites, l'analyse de jurisprudence nous est apparue inadéquate pour répondre à nos objectifs de recherche, et nous avons opté pour des entretiens qualitatifs semi-dirigés. Face à un thème encore émergent dans la littérature, nous avons voulu « débroussailler » le terrain à partir de la parole des juges, qui demeure plus libre que le discours contenu dans les décisions sur la peine. Tout comme y invite Garcia en s'appuyant sur Teubner, nous avons sélectionnée cette méthode dans l'optique de privilégier une « écoute attentive » (2015a, par. 35) des acteurs et actrices judiciaires, afin notamment de pouvoir cartographier les différentes représentations qu'ils/elles se font des proches des personnes condamnées et des effets de la peine, et de pouvoir également observer des pratiques « officieuses » utilisées sur le terrain, qui s'avèrent parfois innovatrices mais qui demeurent souvent invisibles dans les matériaux officiels du droit (voir Denis-Boileau et Sylvestre, 2016). Précisons qu'au long de l'analyse, nous utiliserons ponctuellement des décisions de justice en guise d'illustration, par exemple pour approfondir la réflexion issue de l'analyse des entretiens. La jurisprudence n'est cependant pas du tout l'objet central de cette recherche et les incursions que nous y ferons ne sont en rien exhaustives ou représentatives de l'ensemble de la jurisprudence sur le thème traité.

En revanche, insistons sur le fait qu'une recherche spécifiquement dédiée au traitement des effets des peines sur les proches dans la jurisprudence en matière de détermination de la peine apparaît indispensable, afin de compléter, de nuancer et d'approfondir la présente étude. Comme le relèvent Denis-Boileau et Sylvestre dans le contexte canadien, « la jurisprudence, et particulièrement celle des cours d'appel, a un impact évident sur la détermination des peines, et en particulier la " fourchette " des peines applicable, mais également sur les représentations que se font les juges de l'univers des possibilités qui s'offrent à eux et à elles » (2016, p. 85-86).

En prévision des entretiens, nous avons élaboré des guides pour encadrer les échanges [voir annexes 1 et 2]¹⁰⁵. Ces guides comprennent des questions générales, destinées à introduire les thèmes centraux de la recherche et à structurer l'entretien, et des sous-thèmes. Ces derniers ont souvent été mentionnés spontanément par les participant-e-s ; nous les avons proposés lorsqu'ils/elles ne les abordaient pas et que cela s'avérait pertinent dans le contexte de l'entretien, afin de garantir que les éléments identifiés au préalable comme indispensables avaient été évoqués (voir Blanchet et Gotman, 2010). Nous avons également laissé les participant-e-s aborder certains thèmes de manière plus approfondie, en fonction de leur expérience spécifique et/ou de leur intérêt particulier. Ainsi, les guides d'entretien ont été employés de manière souple, représentant avant tout un aide-mémoire pour nous, et non un canevas rigide (pour une approche similaire voir également Garcia, 2010).

Au fur et à mesure des entretiens, nous avons légèrement adapté les guides, par exemple en supprimant des formulations qui étaient apparues mal choisies, ou en ajoutant des sous-thèmes qui s'étaient révélés importants durant les entretiens précédents.

L'avantage d'une telle méthode d'entretien est de laisser une grande liberté à la personne interviewée pour s'exprimer eu égard à la thématique traitée, dans la mesure où les questions posées sont très ouvertes ; au vu du caractère exploratoire de cette recherche, cet aspect représentait un caractère essentiel. Comme le relèvent Dubé et Garcia, un entretien qualitatif « [...] permet, par la relance, d'obtenir des clarifications, des précisions, des explications sur certaines questions qui ont été au préalable considérées comme importantes ou encore qui le sont devenues dans le déroulement de l'entretien » (2019, par. 4).

Quant à la limite principale de ce type d'entretien, elle réside dans le fait que les personnes interviewées s'expriment essentiellement relativement à une préoccupation de la

¹⁰⁵ Nous avons élaboré un guide pour les juges et un pour les avocat-e-s. Dépendamment du pays où se déroulait l'entretien, nous adaptons le vocabulaire aux habitudes locales (par exemple usage des expressions « droit criminel » et « détermination de la peine » au Canada ; « droit pénal » et « fixation de la peine » en Suisse).

personne qui les interviewe, construite selon les anticipations et les perceptions de cette dernière. Néanmoins, comme le relève Pires, l'observation empirique permet notamment de « corriger et perfectionner les anticipations analytiques, voire [de] dépasser les tentations d'une connaissance caricaturale » (1989, p. 48).

D'un point de vue méthodologique, les guides élaborés ont été inspirés par un modèle d'entretien développé au sein de la *Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale de l'Université d'Ottawa* : les entretiens de type « réflexif ». Ce modèle est décrit ainsi par Pires :

L'entrevue vise à susciter une réflexion chez l'interviewé à partir de son expérience à l'égard du thème de recherche. Il est ainsi invité à réfléchir sur des justifications, des paradoxes et des objections possibles concernant certaines pratiques institutionnalisées. Une des caractéristiques est que l'interviewer peut ou non connaître l'expérience et le point de vue de départ de l'interviewé, mais il doit connaître assez bien le système de pensée institutionnalisé en cause pour susciter une réflexion autour du thème. L'analyse vise à identifier les points de cécité, leurs implications et les mécanismes qui amènent les observateurs à voir ou ne pas voir certaines choses. (2012a, p. 5)

Pour mettre en œuvre cette méthode, nous avons proposé aux actrices et acteurs des éléments de réflexion à certains moments clés des entretiens ; nous en ferons état au fur et à mesure de l'analyse des données lorsque pertinent.

3.2 La constitution de l'assise empirique de la recherche

Comme nous venons de l'expliquer, l'assise empirique de cette recherche est constituée du matériel discursif issu d'entretiens semi-dirigés menés auprès d'actrices et d'acteurs judiciaires. Nous présenterons maintenant les critères de sélection quant à la participation aux entretiens (3.2.1), la manière dont nous avons recruté les participant-e-s (3.2.2) et leurs profils (3.2.3), puis nous décrirons le déroulement des entretiens (3.2.4). Nous terminerons par une réflexion relative aux entretiens menés auprès des juges (3.2.5).

3.2.1 L'entretien semi-dirigé : justification des critères de sélection

Pour réaliser les objectifs de la recherche, nous avons choisi de recueillir le point de vue des juges. Nous avons également mené un plus petit nombre d'entretiens avec des avocat-e-s de la défense, et un entretien collectif avec deux juges et un-e procureur-e. Pourquoi avoir ainsi planifié la démarche ?

D'abord, quant au choix de privilégier le point de vue des juges, ce sont leurs représentations et rationalités qui se trouvent au cœur des questions de recherche. Comme décrit dans le premier chapitre de la thèse, les connaissances font défaut quant à la manière dont les proches *existent* pour les personnes qui déterminent les peines. Le point de vue des juges dans la prise en considération des proches et des effets de la peine n'a pas été exploré à ce jour. Or, en raison du pouvoir discrétionnaire qui leur est dévolu, ces acteurs/trices se trouvent bien placés pour tenir compte (ou non) de ces éléments dans le raisonnement lié au choix de la sanction¹⁰⁶. Mener des entretiens avec des juges nous est apparu comme un terrain idéal pour comprendre la manière dont l'existence des proches et les effets de la peine à leur égard sont problématisés par les acteurs/trices du système de droit criminel, et pour observer, le cas échéant, l'influence des théories de la peine et de leur caractère atomiste sur la place faite aux proches.

En observant la façon dont les juges observent, nous serons en mesure « d'analyser comment ils construisent la réalité quand il s'agit de penser au choix des sanctions » (Garcia, 2010, p. 158), et, pour notre objet en particulier, d'analyser comment ils/elles se saisissent de la thématique des proches dans le cadre de cet exercice. Comme le relèvent Gesualdi-Fecteau et Guénette, l'entretien mené par des juristes « avec des personnes participantes endogènes au système juridique revêt un potentiel certain pour faire émerger des données difficilement disponibles autrement [...] » (2021, p. 97). Notons par ailleurs que ce type d'entretien requiert une vigilance particulière : la personne juriste qui le mène doit fournir un effort supplémentaire pour mettre de côté les connaissances, le

¹⁰⁶ Sur ce pouvoir, voir la section 1.3.1.

vocabulaire ou encore la culture possiblement partagés avec la personne interviewée, et les présupposés qui peuvent en découler.

Outre les juges, nous avons choisi de rencontrer des avocat-e-s de la défense, ce qui mérite de plus amples explications. Sans détenir un pouvoir décisionnel sur la peine, ces acteurs/trices sont susceptibles de jouer un rôle très important quant à la visibilisation des proches et des effets que la peine pourrait exercer sur eux. Dans la littérature, plusieurs auteurs/trices soutiennent cette idée. Lutes, dans le contexte du droit criminel canadien, a par exemple décrit le rôle de l'avocat-e de la défense comme crucial quant à la visibilisation des *conséquences collatérales* d'une peine :

[t]he person in the courtroom best situated to alert the sentencing judge to the collateral consequences of a proposed sentence is defence¹⁰⁷ counsel. The Crown likely does not have this information; the judge certainly does not. It is particularly important for the defence lawyer to canvass these collateral issues with the offender prior to sentencing in order to bring them to the attention of the court and to ensure that the offender is fully informed. (2020, p. 139)

Dans sa recherche menée au sein des tribunaux danois, Wandall (2008) remarque aussi le rôle des avocat-e-s de la défense, quant à la présentation d'éléments liés à la situation personnelle de la personne condamnée. Encore plus près de notre objet d'étude, Minson et Condry, dans leur étude menée au Royaume-Uni, ont observé le rôle de l'avocat-e de la défense relativement à la prise en compte des enfants de la personne condamnée :

It is usual for defence counsel to make a "plea in mitigation" on behalf of the defendant prior to sentencing, but this may be extremely limited due to a number of factors. [...] Children may or may not be mentioned in the plea in mitigation, as it is at Counsel's discretion what is included, and if counsel does not understand the relevance to sentence they are under no obligation to enquire about dependents. (2015, p. 33, nous soulignons)

Comme le soulignent Garcia et Dubé, qui s'expriment ici sur le processus de réflexion relatif à la réforme du droit criminel, les avocat-e-s de la défense sont autant susceptibles que les juges, ou encore que les commissions de réforme, de « générer des idées, proposer des pratiques, nourrir des processus décisionnels » (2017b, p. 32-33). Ainsi,

¹⁰⁷ *Sic.*

quoique seul-e-s les juges et le législateur soient susceptibles « concrètement, dans leurs pratiques et leurs prises de décisions, [de] sélectionner et stabiliser des options innovatrices [...] » (2017b, p. 33), les avocat-e-s de la défense représentent une porte d'entrée à des idées nouvelles, mais également un frein à leur introduction dans les communications du système de droit criminel, dans la mesure où ils/elles jouent un rôle de filtre quant aux idées et arguments qui sont communiqués aux tribunaux dans le choix des éléments à considérer pour décider de la peine adéquate¹⁰⁸.

Les développements qui précèdent nous ont convaincues de mener un petit nombre d'entretiens avec des avocat-e-s de la défense, considérant le rôle qu'ils/elles peuvent jouer dans la visibilité des enjeux liés aux proches. Précisons que cette catégorie d'acteurs/trices a été rencontrée non pas pour répondre en tant que tel aux objectifs de la recherche, qui sont orientés vers les perceptions des juges, mais plutôt pour nourrir les entretiens menés auprès de ces dernie-re-s, afin de faire ressortir des facettes différentes de la problématique de recherche et de mettre en perspective certaines observations faites au contact des juges.

Pour terminer, une occasion inattendue de mener un entretien de groupe s'est manifesté durant le terrain. En effet, en réponse à notre invitation initiale, un-e juge nous a proposé de nous rencontrer en compagnie d'un-e autre juge siégeant à un autre palier d'instance et d'un-e procureur-e. Nous avons accepté cette proposition, qui nous est apparue comme une opportunité d'avoir accès à une mise en perspective « en direct » des points de vue de différents acteurs/trices ; précisons que nous n'avons pas cherché spécifiquement à opposer ou rassembler les points de vue des participant-e-s, mais que nous avons plutôt saisi l'occasion de diversifier encore les points de vue recueillis. Pour cet entretien uniquement, nous avons été accompagnées de notre superviseure de recherche, qui a participé à l'entretien à distance. Nous avons fait le choix de ne pas inclure dans l'analyse les propos de la personne qui parlait en tant que procureur-e, dans la mesure où ces

¹⁰⁸ À ce sujet voir notamment Prates : « le magistrat, bien qu'il soit le seul à avoir le pouvoir de prendre une décision définitive, ne représente que le dernier nœud de la chaîne pénale et fait face, par conséquent, à un univers déjà " filtré " et c'est alors dans le cadre de cet univers déjà bâti qu'il devra prendre sa décision » (2011, par. 11).

propos étaient « uniques » dans le matériel et ne pouvaient pas être mis en perspective avec ceux d'une personne exerçant la même fonction¹⁰⁹.

Cet entretien « de groupe » présente une limite spécifique qu'il nous faut mentionner : dans la mesure où il était impossible de garantir la confidentialité et l'anonymat des participant-e-s entre eux/elles, et que par ailleurs la pression d'un groupe influence nécessairement les réponses individuelles (Baribeau, 2009), la liberté de parole peut s'en trouver amoindrie. Dans l'analyse, nous nous sommes concentrées sur les réponses individuelles fournies, et non sur les échanges et interactions dans le groupe.

3.2.2 Le recrutement des participant-e-s

Cette recherche ayant impliqué des êtres humains, nous avons entrepris des démarches auprès du Comité d'éthique de la recherche (CÉR) de l'Université d'Ottawa avant de débiter la collecte des données, afin d'obtenir un *Certificat d'approbation éthique*. Une fois ce certificat obtenu, nous avons entamé les démarches visant à inviter des personnes à participer à la recherche. Des personnes-ressources dans notre réseau institutionnel nous ont apporté une aide précieuse dans le cadre du recrutement. En effet, il n'est pas aisé de recruter des juges, dont les emplois du temps sont souvent forts chargés, qui plus est pour participer à un entretien mené par une personne qui leur est inconnue (voir également Garcia, 2010), et sur une portion de leur activité professionnelle particulièrement délicate, en l'occurrence la détermination de la peine. Considérant cela, le recours à des tiers nous a permis d'augmenter les chances que des actrices et acteurs acceptent de participer, en raison du lien de confiance qui pouvait exister au préalable entre elles/eux et les personnes-ressources que nous avons sollicitées (voir Gesualdi-Fecteau et Guénette, 2021).

¹⁰⁹ Nous sommes bien conscientes que tant au Canada qu'en Suisse, les procureur-e-s de la poursuite (dits « de la Couronne au Canada) disposent d'un certain pouvoir décisionnel quant à la peine, notamment quant aux recommandations qu'ils soumettent aux tribunaux ; en Suisse, ils/elles ont même la compétence pour fixer certaines peines, par voie d'ordonnance pénale (art. 352 Cpp). Nous avons toutefois renoncé à inclure des procureur-e-s de la poursuite dans notre échantillon, notamment pour des raisons d'accès au terrain et de faisabilité de la recherche.

Lors du recrutement, le critère essentiel pour la sélection des participant-e-s était d'œuvrer – ou d'avoir œuvré – comme juge (ou le cas échéant, comme avocat-e de la défense) dans le domaine du droit criminel/du droit pénal, et de détenir une expérience substantielle en lien avec la détermination/la fixation de la peine. De plus, le corpus devait couvrir différents paliers de la hiérarchie judiciaire – nous y reviendrons lorsque nous aborderons l'échantillon de manière plus détaillée.

Nous avons fourni aux personnes-ressources la lettre d'invitation à participer à la recherche [annexe 3] pour qu'elles puissent nous aiguiller au mieux. Certaines nous ont alors suggéré des personnes qui seraient susceptibles de remplir nos critères de sélection et de témoigner un intérêt à participer à la recherche ; dans ces cas-là, nous les avons directement contacté-e-s par courrier postal ou électronique, en fonction des adresses dont nous disposions, en mentionnant la personne-ressource qui nous avait dirigé vers eux/elles. D'autres personnes-ressources ont préféré établir le premier contact avec de potentiel-le-s participant-e-s, puis nous mettre en relation. Au fur et à mesure des entretiens menés, nous avons également demandé des références aux personnes interviewées, selon la méthode dite de la « boule de neige » ; certaines ont même spontanément proposé de nous mettre en contact avec des confrères et consœurs. Comme le mentionne Pires (1997b), cette méthode s'avère particulièrement utile lorsque l'accès au terrain n'est pas aisé, et permet, grâce à un premier interviewé, de trouver l'accès au prochain par contacts successifs.

Dans tous les cas, chaque participant-e a reçu la lettre d'invitation à participer à la recherche [annexe 3] ; cette lettre contient des informations générales sur la recherche et sur les garanties de confidentialité des échanges sollicités. Nous leur avons également envoyé une copie du *Certificat d'approbation éthique* délivré par le CÉR.

D'un point de vue éthique, nous avons appris en cours de route, au contact de juge invité-e-s à participer, que pour l'une des cours visées, les juges n'étaient pas autorisé-e-s à participer à un entretien de recherche sans obtenir au préalable l'accord de leur-e supérieur-e hiérarchique. Nous avons alors transmis une demande d'autorisation, pour cette cour uniquement, à la personne responsable au sein de l'institution. Nous avons

ensuite présenté à cette dernière la recherche et le protocole d'entretien, notamment les critères éthiques remplis par la recherche et les garanties relatives à la confidentialité des échanges et à l'anonymat des participant-e-s. Malgré cela, la demande d'autorisation pour mener des entretiens auprès de cette cour nous a été refusée, limitant de fait l'accès au terrain pour tous les juges en exercice siégeant à cette cour.

Soucieuses néanmoins d'inclure dans notre échantillon des actrices et acteurs ayant une expérience à différents paliers d'instance, afin de multiplier les points de vue, nous avons invité à participer des juges ayant siégé à cette cour dans le passé, et ayant pris leur retraite. Cette démarche a passablement retardé le travail de terrain, au vu de la difficulté de trouver des personnes susceptibles de remplir ces critères et d'avoir accès à leurs coordonnées ; encore une fois, des personnes-ressources ont facilité la recherche de participant-e-s.

3.2.3 Le profil des participant-e-s

Comme le décrit Pires, dans une recherche qualitative, la notion d'échantillon réfère à

[...] l'idée de considérer une petite quantité de quelque chose pour éclairer certains aspects généraux du problème : c'est étudier ceci pour appuyer un au-delà ; c'est l'idée d'*extrapoler*, de *déplacer*, de *transcender*, de *mettre en rapport*, ou encore de donner une *idée* ou un *éclairage* sur quelque chose d'autre à l'aide d'un ou de plusieurs éléments pouvant s'y rapporter. (1997b, p. 122, emphase de l'auteur)

C'est dans cet esprit que nous avons constitué le corpus empirique de cette recherche, qui n'a pas la prétention d'être représentatif de *toutes* les manières de problématiser et considérer les effets de la peine sur les proches ; sa vocation est plutôt d'éclairer un problème encore peu observé à ce jour dans la littérature relative à la détermination de la peine.

Le corpus est ainsi composé de vingt-six entretiens semi-dirigés, et il a été construit de manière souple : les entretiens ont été réalisés au Canada et en Suisse, entre avril 2020 et janvier 2022. Ayant étudié antérieurement dans ces deux univers juridiques, nous

étions à même de saisir les contextes propres à la détermination des sanctions dans ces deux pays¹¹⁰, et nous avons choisi d'y mener des entretiens parallèlement.

Cette technique de diversification était possible dans le cadre de cette recherche, dans la mesure où l'approche théorique mobilisée pour guider l'observation n'est pas limitée par un critère relevant de la « frontière nationale ». En effet, la théorie de la RPM a pour champ d'observation le système d'idées du droit criminel moderne en Occident. Comme le dit Garcia, cette perspective théorique « s'émancipe de ce que Beck et Willms appellent un "nationalisme méthodologique", c'est-à-dire de cette obligation de devoir circonscrire les analyses sociologiques dans les frontières de l'État-nation » (2015a, par. 1).

Ainsi, il nous est apparu pertinent de récolter du matériel empirique dans des pays de différentes cultures juridiques, en l'occurrence la *common law* et la tradition romano-germanique (le droit « continental »). Précisons néanmoins que nous n'avons pas traité le matériel issu des deux juridictions par voie de comparaison. Quoique le rapport au pouvoir discrétionnaire, à la loi et à leur rôle institutionnel puisse être différent pour les acteurs et actrices dans ces deux cultures juridiques, nos objectifs de recherche n'ont pas de visée comparative. Il s'est plutôt agi d'observer le même problème et d'en approfondir la description, en ayant recours à des entretiens dans un univers cognitif élargi, afin d'accroître le nombre de points de vue et de situations observés. Rencontrer des juges dans deux pays distincts nous a permis d'étendre le « patchwork » des représentations et des enjeux perçus par les actrices et acteurs en lien avec les proches et les effets de la peine. À titre d'exemple, l'expulsion judiciaire, inexistante au Canada, s'est avérée une source importante de préoccupation pour les juges suisses¹¹¹. Nous en traiterons dans les chapitres analytiques.

Après les vingt entretiens menés auprès des juges, nous avons observé une certaine saturation empirique : les nouveaux entretiens « n'apport[ai]ent plus d'informations suffisamment nouvelles ou différentes pour justifier une augmentation du matériel empirique » (Pires, 1997b, p. 157). Précisons néanmoins les limites évidentes de ce

¹¹⁰ Voir la section 1.3.3, où ces contextes légaux sont décrits.

¹¹¹ Voir la section 6.1.2.

corpus : d'abord, il s'agissait essentiellement d'acteurs/actrices recrutés avec l'aide de personnes-ressources, ou par effet « boule de neige », – nous n'avons pas procédé à un appel auprès de tous les membres des tribunaux. De fait, on peut imaginer que ce facteur ait pu limiter la diversité des participant-e-s. On peut supposer que dans l'ensemble, les participant-e-s ayant accepté notre invitation étaient ouvert-e-s et favorables à la recherche académique, et intéressé-e-s par la thématique de la recherche, ce qui peut augmenter la probabilité de recueillir des points de vue moins variés.

Le tableau ci-dessous montre la répartition des entretiens en fonction des pays et des professions des personnes interviewées :

Tableau 3.1 Participant-e-s aux entretiens

Professions	Canada	Suisse	Total des participant-e-s aux entretiens
Juges	9	11	20
Avocat-e-s	2	3	5
Procureur-e	0	1	1
Total	11	15	26 ¹¹²

Avant les entretiens et en parallèle de ceux-ci, nous avons rencontré quatre informateurs/trices-clés ; ces échanges avaient pour objectif d'alimenter nos pistes de réflexion, et d'éventuellement venir contredire certaines idées préconçues inévitables à l'aube d'un travail de terrain (voir Blanchet et Gotman, 2010). Les propos de ces personnes, recueillis avant tout dans le but de tester nos guides d'entretien, n'ont pas été inclus dans l'analyse.

Pour les juges, afin d'obtenir un échantillon diversifié, nous avons retenu trois variables générales : le niveau d'instance où siège l'acteur/trice, la région où il/elle exerce sa

¹¹² Précisons que nous avons reçu 28 acceptations suite à des invitations envoyées, mais que deux personnes n'ont pas pu participer en raison du refus opposé par leur hiérarchie. En outre, comme nous l'avons précisé plus tôt, les échanges avec la personne procureure n'ont pas été inclus dans l'analyse, ramenant le total des entretiens analysés à 25.

profession, et l'identification de genre. Ainsi, nous avons recueillis les points de vue de juges siégeant dans différentes cours, afin que l'ensemble du corpus illustre différents paliers de la hiérarchie judiciaire. Nos entretiens ont été menés, pour ce qui est du Canada, auprès de juges siégeant ou ayant siégé dans des tribunaux de première instance en matière criminelle, dans des juridictions d'appel et à la Cour suprême. Précisons que nous n'avons rencontré uniquement des juges siégeant ou ayant siégé dans la province du Québec¹¹³.

Pour la Suisse, nous avons rencontré des juges siégeant en matière pénale en première instance et en appel, cela tant pour des juridictions de compétence cantonale que fédérale (en l'occurrence le Tribunal pénal fédéral). Nous avons concentré les entretiens en Suisse romande, cela pour des raisons linguistiques. Afin d'augmenter la diversification, nous avons également sollicité des juges œuvrant tant dans des contextes urbains que ruraux. Pour le Canada, nous avons également inclus dans notre échantillon des juges ayant une expérience auprès d'une cour itinérante, c'est-à-dire une cour qui se déplace dans les régions les plus éloignées du Québec¹¹⁴.

Quant au genre des participant-e-s, l'échantillon est composé de 7 juges s'identifiant comme femme et de 13 juges s'identifiant comme homme. Nous avons également tenté de constituer un échantillon représentatif de la diversité ethnique au Canada et en Suisse. Or, force est de constater qu'à l'heure actuelle, ce critère demeure particulièrement difficile à remplir. Dans la magistrature criminelle et pénale, les personnes racisées et, pour le Canada, les personnes autochtones, demeurent extrêmement peu représentées¹¹⁵.

Enfin quant à l'expérience professionnelle des participant-e-s, elle s'est révélée très variée, et certain-e-s jouissaient d'une expérience dans plusieurs domaines du droit, et

¹¹³ Cet élément avait été initialement décidé pour des raisons géographiques, avant que la question des entretiens en distanciel se pose, au vu de l'étalement du territoire canadien.

¹¹⁴ Pour une réflexion sur l'histoire et les enjeux relatifs à ces cours, en particulier pour les personnes autochtones, voir Desruisseaux (2020).

¹¹⁵ À ce sujet, voir la lettre publiée en 2022 par l'honorable juge Daniel Dortélus, unique juge noir à la Cour du Québec, sur le site de Droit-inc, qui déplore l'absence de diversité au sein de la magistrature québécoise : <https://www.droit-inc.com/article35171-Magistrature-Quelle-diversite-deploire-un-juge>

non uniquement en droit criminel. Par exemple, dans les juridictions situées hors des grands centres urbains, les juges siégeaient – ou avaient siégé – tant dans des causes de nature criminelle et pénale qu’en matière civile ou encore en protection de la jeunesse, donc dans plusieurs chambres. Antérieurement à leur fonction de juge, les participant-e-s avaient œuvré soit comme avocat-e de la défense, soit comme procureur-e, ou encore comme juge d’instruction¹¹⁶. Certain-e-s avaient également siégé à plusieurs paliers d’instance.

Quant aux avocat-e-s de la défense, l’échantillon est composé de trois personnes s’identifiant comme homme et deux comme femmes. Ils/elles œuvrent tant en pratique privée que comme avocat-e permanent-e à l’aide juridique¹¹⁷, et pratiquent essentiellement en droit criminel, mais certain-e-s recevaient également des mandats dans d’autres domaines du droit.

3.2.4 Le déroulement des entretiens

3.2.4.1 Un contexte hors du commun : un terrain en temps de pandémie

Le contexte particulier dans lequel se sont déroulés les entretiens menés dans le cadre de cette recherche mérite qu’on s’y attarde quelques instants. En effet, le *Certificat d’approbation éthique* nous a été délivré par le CÉR à la fin du mois de février 2020. La semaine suivante, nous avons envoyé les premières demandes d’entretiens à des juges et avocat-e-s en Suisse romande, étant sur place à ce moment-là. Des rencontres ont alors été fixées dans le courant du mois de mars avec plusieurs personnes ayant répondu favorablement à notre invitation. Or, comme il n’est plus nécessaire de le rappeler, le mois de mars 2020 a marqué le début de la pandémie de Covid-19, qui paralysa durablement les échanges relationnels en face à face.

¹¹⁶ La fonction de juge d’instruction existait dans certains cantons suisses jusqu’à l’entrée en vigueur du *Code de procédure pénale suisse* [ci-après : Cpp], intervenue le 1^{er} janvier 2011.

¹¹⁷ Précisons que tant en Suisse qu’au Canada, les avocat-e-s de la défense qui pratiquent en bureau privé sont également habilité-e-s à recevoir des mandats pour des client-e-s bénéficiant d’une aide financière pour honorer les frais de défense ; ce soutien s’appelle « assistance juridique » en Suisse romande, et « aide juridique » au Québec.

Au vu de cette situation inédite, et dans l'incapacité de rencontrer comme prévu les actrices et acteurs ayant accepté de participer, nous les avons contactés à nouveau durant le printemps 2020, en leur proposant de faire les entretiens en *distanciel*¹¹⁸, tout en leur laissant le choix d'attendre que la situation permette à nouveau une rencontre en personne. Notre motivation pour procéder ainsi était alors de « sauver le terrain », craignant de perdre des participant-e-s si les entretiens n'avaient pas lieu tout de suite. Plusieurs ont accepté cette proposition. Nous avons donc mené quelques entretiens via vidéo-conférence. Malgré la richesse du contenu de ces rencontres menées à distance, nous avons constaté qu'elles présentaient plusieurs défauts, notamment les aléas de l'instabilité des connexions Internet, les interruptions dues à des éléments extérieurs (absence de batterie, irruption d'animaux, etc.) ou encore la qualité sonore médiocre rendant parfois les communications difficiles. L'extrait suivant en est un bon exemple¹¹⁹ :

- **JUGE #2** : Oh j'ai ma batterie qui fait des siennes. Vous êtes là ?
- **Oui.**
- [bruit de fond] Je fais juste quelque chose là.
- **Oui. Ça marche.**
- Voilà, vous me voyez ? C'est bon ?
- **Oui.**
- Désolé j'ai remplacé le téléphone parce que le mien n'est pas chargé.
- **Y a pas de problème.**
- Là je bricole.
- **Prenez le temps de vous mettre confortable.**
- Attendez. Je vais trouver un endroit où le poser pour que vous me voyez encore. Je suis désolé-e, c'est un peu [inaudible]. Voilà. Ça va ?
- **Oui ça va.**
- [Rires] [...] Voilà c'est bon. Je l'ai mis dans l'autre sens. Ça va être compliqué à gérer votre enregistrement.

On peut entrevoir la complexité de maintenir la concentration réciproque et de garder le fil de la discussion durant les entretiens à distance, en raison des aléas de la technologie. Après quelques entretiens comme celui-ci, nous avons décidé de privilégier autant que possible les rencontres en personne ; il nous est apparu dommage de « sacrifier »

¹¹⁸ Ce terme a émergé au début de la pandémie ; il réfère à des échanges excluant des rencontres en personne, et impliquant l'utilisation de plateformes de vidéo-conférence pour communiquer.

¹¹⁹ Tout au long de la thèse, lorsque des extraits d'entretiens sont cités, l'usage de caractères gras indique qu'il s'agit des propos de la chercheuse ; les caractères non-gras sont toujours utilisés pour relater les propos des acteurs et actrices interviewé-e-s.

complètement de tels échanges en raison de la pandémie. L'étude de terrain s'est donc étalée sur une longue période pour permettre ces rencontres, au gré des multiples confinements et déconfinements qui ont émaillés les années 2020 et 2021, et en fonction des possibilités et préférences des acteurs et actrices participant-e-s (accès aux bâtiments en période de pandémie, demande d'un certificat de vaccination pour mener l'entretien, port d'un masque durant l'entretien, présence d'une vitre en plexiglas entre la chercheuse et le/la participant-e, etc.). Les entretiens, en personne ou en distanciel, se sont déroulés en Suisse romande et au Québec sur une période de près de deux ans.

D'un point de vue méthodologique, nous avons mis à profit cet étalement temporel de l'étude de terrain pour mener la recherche selon un processus itératif, comme le préconisent Paillé (1994) : nous avons collecté des données et procédé à leur analyse en simultané, ce qui a permis notamment d'adapter la catégorisation du matériel et les questions posées aux acteurs et actrices, ainsi que de raffiner la construction de la problématique au fur et à mesure de l'avancement du terrain. Ainsi, l'étude de terrain s'est avérée autant fertile pour trouver des réponses que pour ouvrir de nouvelles questions, comme le formulent Deslauriers et Kérisit (1997), et la recherche s'est opérée dans un dialogue constant entre le travail de terrain et des allers-retours à la littérature.

3.2.4.2 Les entretiens à proprement parler

Les entretiens ont duré entre 1h et 2h15, avec une moyenne de 1h30. Ils se sont déroulés en français. Le lieu et le moment des entretiens ont été choisis par les participant-e-s. Dans l'ensemble, les entretiens en présentiel se sont déroulés dans les palais de justice où œuvraient les juges, et dans les bureaux professionnels des avocat-e-s de la défense. Pour les entretiens à distance, les participant-e-s étaient parfois à leur domicile, parfois sur leur lieu de travail.

Au début de chaque entretien, nous avons fait lire et signer le *Formulaire de consentement libre et éclairé* [voir l'annexe 4] aux participant-e-s, formulaire qui avait été

préalablement accepté par le CÉR¹²⁰. Nous nous sommes tenues à leur disposition pour toutes questions relatives au formulaire, à l'entretien lui-même ou au traitement des données qui allaient être récoltées. Ce document contient notamment des informations relatives aux questions éthiques de la recherche, et aux garanties d'anonymat et de confidentialité. Le document contient également une section relative à l'enregistrement audio de l'entretien. Sur 26 participant-e-s, 25 ont accepté cet enregistrement ; dans le seul cas de refus, nous avons utilisé la méthode classique de la prise de notes. Les enregistrements audios des entretiens ont été intégralement transcrits (verbatim).

Pour la présentation des extraits d'entretien, nous avons opté pour la méthode décrite par Garcia, afin de garantir le plus haut degré d'anonymat pour les participant-e-s :

Nous avons trouvé plusieurs stratégies menant à une présentation "froide" des extraits, pour assurer la protection que nous voulions accorder aux acteurs sur le plan de l'anonymat : ne faire aucune mention de l'appartenance institutionnelle des acteurs, coder les extraits à partir d'un chiffre correspondant à notre système de codage d'entrevues (par exemple, juge n° 1, juge n° 2) et ne pas mentionner le genre du répondant ou de la répondante. (2020, p. 652, note 12)

Ainsi, dans les chapitres qui suivent, les propos rapportés font mention uniquement de la profession de la personne qui s'exprime ; aucune mention du niveau d'instance où elle siège ou a siégé, du district où elle exerce ou a exercé sa profession, et de son identité de genre. Le seul élément qui apparaît parfois de manière évidente est le contexte national où se situe la personne interviewée, en l'occurrence le Canada ou la Suisse.

Quant à l'entretien à proprement parler, nous avons brièvement présenté la recherche aux participant-e-s en guise d'introduction, en rappelant son thème et ses objectifs. Nous avons expliqué les modalités de l'entretien et avons réitéré la possibilité de se retirer en tout temps pendant celui-ci.

Suite à cela, nous avons toujours débuté par une question générale relative à l'expérience professionnelle des participant-e-s. Celle-ci nous a permis de nous assurer encore une

¹²⁰ Pour les rencontres en distanciel, les participant-e-s ont reçu le formulaire par courriel avant l'entretien, et l'ont renvoyé signé par voie électronique.

fois du respect des critères de participation à l'entretien ; au fur et à mesure des entretiens, elle nous a également permis de vérifier la diversité de notre échantillon, et son ajustement au besoin. Enfin, les entretiens se sont ensuite déroulés en suivant les lignes générales du guide d'entretien quant aux thématiques, mais en essayant de respecter l'ordre « d'exposition de la pensée du répondant » (Ruquoy, 1995, p. 77, cité par Garcia, 2010, p. 163) : ce sont les réponses des participant-e-s qui ont guidé le déroulement des entretiens, tout en nous assurant de demeurer dans le cadre large de l'objet de recherche.

3.2.5 Réflexion sur les entretiens de recherche avec les juges

C'est avec une grande humilité que nous avons tenté d'accueillir la parole des acteurs et actrices qui ont généreusement accepté de partager leur expérience avec nous. Approcher le travail des juges en lien avec les proches des personnes condamnées fut une tâche délicate. D'abord, parce que le travail des juges est *enfoui* (Kaminski, 2015), il est institutionnellement rendu opaque par le « devoir de réserve » traditionnellement exigé des juges, et le « secret du délibéré » qui entoure les décisions judiciaires, dont celles relatives aux peines. À ce propos, un-e acteur/trice a décliné l'enregistrement de notre entretien en invoquant notamment ce devoir.

Ensuite, parce que l'objet de cette recherche a un caractère potentiellement fragilisant pour les personnes interviewées. Compte tenu du fait que certains effets indésirables des sanctions se trouvent au cœur de cette recherche, un des défis des entretiens menés avec les juges fut d'aborder ce thème d'une manière non culpabilisante, sans *condamner* les acteurs et actrices en lien avec l'exercice de leur métier et avec les éventuelles conséquences de leur décision (voir Kaminski, 2015). En effet, il s'agissait d'interroger des personnes dont l'activité professionnelle consiste notamment à infliger de telles sanctions, et, d'une certaine manière, de leur « mettre sous le nez » les difficultés qui pouvaient en découler pour certains individus. Or, le problème que nous avons voulu traiter est attribuable tant au fonctionnement du *système* qu'aux actions individuelles des acteurs/trices, qui sont *contraint-e-s*, à tout le moins partiellement, par les idées dominantes du système. Comme le dit Pires,

[...] le sens construit par les acteurs n'est pas toujours nécessairement *le leur* ; il peut très bien être celui de l'institution. En effet, quoi dire si l'individu était, dans un bon nombre de cas, plutôt une courroie de transmission de l'observation et de la connaissance des systèmes ? Et si l'individu *observait pour un système*, c'est-à-dire avec les schémas et les distinctions proposées par ce système ? Et s'il *connaissait pour un système*, en nous communiquant ses théories, sa façon de penser les problèmes et son autoportrait identitaire [...] ? (2004, p. 179-180, emphase de l'auteur)

De plus, comme le remarque Kaminski (2016), la « mauvaise conscience » n'est jamais le moteur d'un bon entretien. Ainsi, aborder cette thématique en tant que chercheuse et questionner des juges à cet égard a exigé que nous maintenions un niveau de vigilance élevé durant tout le processus, afin de ne pas placer les participant-e-s dans une posture de responsabilisation individuelle. Nous sommes donc allées à la rencontre des juges en gardant à l'esprit la chose suivante : déterminer une peine est une tâche hautement difficile – d'un point de vue juridique, mais également d'un point de vue émotionnel. De la plume du juge Moldaver, alors juge à la Cour suprême du Canada,

It has been said time and again that sentencing is one of the most difficult tasks judges face. I can attest to this. After almost thirty years as a judge, I find that sentencing does not get any easier. Sentencing requires striking a delicate balance between numerous case-specific considerations: considerations that often lie in tension. Sentencing decisions can be life altering, not just for offenders, but for victims and for society at large. To be sure, the sentencing process represents one of the most significant aspects of a criminal trial. (2020, p. xxiii)¹²¹

Plusieurs juges rencontré-e-s se sont largement exprimé-e-s en ce sens, et ont décrit les difficultés représentées par la tâche de déterminer une peine¹²². De plus, nous verrons que malgré les précautions prises, certain-e-s actrices et acteurs se sont parfois placés en position de *justification* durant les entretiens.

¹²¹ Voir également la remarque de Berger, qui évoque l'héritage de Louis LeBel, ancien juge à la Cour suprême du Canada : « In all of this work, Justice LeBel has evidenced sensitivity to the force and effects of the criminal law and modesty in the face of the resulting burdens of judgment. There is perhaps no moment in the work of a judge that is more harrowing and morally demanding than the act of sentencing – the moment at which he or she decrees the suffering of another person. » (2015, p. 3)

¹²² Nous en ferons état dans la section 6.2.3.1.

3.3 La stratégie d'analyse des données

Dans le cadre de cette recherche, nous avons eu recours à la méthode de l'analyse de contenu pour interpréter les données récoltées ; celle-ci peut se définir comme « un *ensemble de techniques d'analyse des communications* » (Bardin, 2013, p. 35, emphase de l'autrice). De manière large, on peut dire que cette stratégie « *fonctionne par procédures systématiques et objectives de description du contenu des messages* » (Bardin, 2013, p. 37, emphase de l'autrice). Parmi les différentes fonctions que peuvent revêtir les analyses de contenu, c'est leur *fonction heuristique que nous avons privilégiée* : « l'analyse de contenu enrichit le tâtonnement exploratoire, accroît la propension à la découverte. C'est l'analyse de contenu "pour voir" » (Bardin, 2013, p. 33). Face à un objet de recherche très peu traité dans la littérature existante, et face au « débroussaillage » que cet objet requerrait, cette méthode nous est apparue à même d'orienter adéquatement l'analyse du matériel récolté.

Tel que nous l'avons mentionné plus haut, le travail d'analyse ne s'est pas déroulé de manière linéaire ; comme le formule Paillé, « fondamentalement, la logique de l'analyse est itérative, c'est-à-dire que la production et la vérification de la théorisation procèdent par approximations successives jusqu'à la validité et la fiabilité voulues » (1994, p. 153). Malgré l'enchevêtrement des étapes d'analyse – Maroy emploie l'image d'une « spirale » (1995, p. 89) pour évoquer cette démarche –, nous pouvons toutefois reconstituer a posteriori les étapes principales suivies par notre démarche, qui sont au nombre de trois.

3.3.1 Étape 1 – La prise de contact avec les données : immersion et organisation

Pour organiser, traiter et analyser les données, en plus de la prise de notes et de la confection de résumés, nous nous sommes servis du logiciel ATLAS.ti, dans lequel nous avons versé l'intégralité des transcriptions d'entretiens (verbatim) au fur et à mesure de

la réalisation des entretiens¹²³. La première étape a été de lire verticalement et de coder ce matériel empirique, en privilégiant la faible inférence, c'est-à-dire en utilisant des codes descriptifs et des catégories situés « au plus près du matériel » (Cappi, 2015, p. 27) pour évoquer l'idée contenue dans chaque paragraphe ou phrase du verbatim. On peut ici parler d'une codification « ouverte » ; à cet égard, nous nous sommes inspirées de Laperrière pour procéder au codage :

[e]n début de recherche, la codification est à la fois ouverte et exhaustive, en ce sens que tous les incidents, toutes les unités de sens doivent être codifiés. Au fur et à mesure que la recherche avance et que la théorie se précise, la codification devient de plus en plus sélective et cohérente, c'est-à-dire théoriquement intégrée. (1997, p. 317)

Par exemple, dans un paragraphe d'entretien, nous avons d'abord codé : nature dossier + proches victimes + privé de ressources + proches qui soutiennent + proches opposés ; ces mots-clés sont directement tirés des propos de l'acteur/trice.

En parallèle de ce codage initial, qui nous a permis de nous familiariser avec le matériel, nous avons rédigé des fiches résumant chaque entretien, sous forme de « mémo d'analyse » (voir Maroy, 1995). Ces documents, dans lesquels nous avons noté les éléments les plus saillants, les thématiques abordées, des impressions suite à l'entretien, des idées libres en lien avec l'analyse et des interrogations, ont été étoffés au fil des relectures des transcriptions d'entretiens. Ce premier « bain » dans le matériel nous a donné une bonne vue d'ensemble du corpus, dans lequel il a ensuite été plus aisé de naviguer et de repérer les extraits marquants ; des thèmes récurrents ont commencé à émerger, et leur observation a notamment été facilitée par la lecture et relecture des mémos d'analyse.

¹²³ Précisons que l'application Open AI, offerte par ATLAS.ti, n'a pas été utilisée dans le cadre de cette recherche. Cette fonctionnalité n'existait pas durant la majorité des étapes d'analyse. Au surplus, le traitement des données par Open AI aurait été susceptible de compromettre nos obligations découlant du certificat d'éthique décerné par le CÉR de l'Université d'Ottawa. Par conséquent, aucune donnée n'a été traitée par ce biais.

3.3.2 Étape 2 – Construction et application de thèmes, puis de catégories analytiques

Dans un deuxième temps, nous avons procédé à un regroupement des thèmes centraux observables dans les données, et des catégories qui se dessinaient à l'intérieur de ces thèmes. Nous avons créé un arbre thématique, avec des thèmes-clés et des sous-thèmes. Ce « classement » a été mobilisé notamment comme outil de structuration des chapitres d'analyse, et nous a permis d'observer les interactions et liens entre les différents thèmes issus du matériel. En voilà un aperçu non-exhaustif, sachant néanmoins qu'il a beaucoup évolué au fur et à mesure de l'analyse :

Tableau 3.2 Arbre thématique

Thèmes centraux	Thèmes accessoires
Proches • qui sont-ils ? • expérience/contact • informations : source/nature Effets sur les proches • vocabulaire • effets perçus • source des effets Auteur/trice infraction • responsabilité • source des effets • représentation • profil/mobile Rationalités de prise en compte • zones frontières • critères : exception/loi • destinataire Risques prise en compte • discrimination • opinion publique • instrumentalisation Rôle du droit criminel	Étapes de la procédure • survenance des effets • moment de la prise en compte Motifs des décisions Lois hors Code crim. /Code pénal Qualité pour agir/intérêt juridique Rôle des juges/des avocats Enfants mineurs/protection • compétence • information • fréquence

Ainsi, en reprenant l'exemple donné plus tôt, les extraits codés avec les expressions « proches victimes » et « proches qui soutiennent » ont été classés dans une catégorie plus large intitulée « proches », alors que l'extrait codé « privé de ressources » a été classé dans une catégorie plus large intitulée « effets sur les proches ».

À partir des thèmes centraux dégagés, nous avons procédé à une relecture verticale du matériel et à un nouveau codage, cette fois en créant des catégories plus générales. Pour

décrire cette méthode, on peut s'appuyer sur la démarche d'analyse par catégories conceptualisantes, proposée par Paillé et Mucchielli :

Nous pouvons définir la catégorie conceptualisante comme une production textuelle se présentant sous la forme d'une brève expression et permettant de dénommer un phénomène perceptible à travers une lecture conceptuelle d'un matériau de recherche. (2021, p. 360)

Progressivement, la simple désignation d'un contenu se transforme ainsi en théorisation, dans une démarche qui vise à attribuer du sens aux données. En reprenant encore l'exemple ci-haut, les extraits codés avec les expressions « proches victimes » et « proches soutiens » ont été classés dans une catégorie plus large intitulée « représentations des proches », de nature analytique, alors que l'extrait codé « privé de ressources » a été classé dans une catégorie plus large intitulée « effets perçus ».

Cette étape a également permis d'observer des distinctions employées par les actrices et acteurs, et qui revenaient fréquemment dans les données, par exemple : les distinctions effet de la peine/effets du crime ; proches victimes/proches non-victimes ; rôle de l'avocat/rôle du juge, etc. ont été souvent utilisées pour structurer leurs réponses. La mise au jour de ces distinctions a été utile notamment pour la création de catégories analytiques, comme : « source (perçue) des effets » ; « statut des proches » ; « rôle (perçu) quant aux proches ».

À l'issue de cette deuxième étape, nous avons pu identifier les dimensions essentielles qui ont structuré les chapitres d'analyse. On peut les résumer avec le tableau suivant :

Tableau 3.3 Grille analytique

Dimensions	Sous-dimensions
Proches des personnes condamnées	Représentations ○ cercle des proches ○ proches et notion de « victime » Informations ○ source ○ nature Expérience
Effets sur les proches	Représentations Source ○ la peine ○ l'auteur/trice de l'infraction Vocabulaire Moment Substance ○ indésirables ○ bénéfiques
Rationalités de prise en compte	In/out Facteurs liés à l'auteur ○ nature infraction/gravité ○ profil ○ mobile Stratégies ○ situation personnelle auteur ○ aggravante/atténuante ○ hors motifs ○ exceptions Obstacles – risques perçus Outils/catalyseurs

3.3.3 Étape 3 – L'interprétation et la discussion des propositions

Une fois les dimensions essentielles du corpus dégagées, et les catégories analytiques élaborées, nous avons procédé à une lecture horizontale (ou transversale) du corpus empirique ; cette étape a notamment permis de faire dialoguer les entretiens entre eux, de les comparer et de dégager leurs points communs, tel que préconisé par Deslauriers (1987). Durant cette étape, nous avons notamment exploré de manière approfondie la manière dont la prise en compte (ou non) des proches des personnes condamnées était décrite par les acteurs/trices dans le corpus, et comment celle-ci s'articulait dans le contexte de la détermination de la peine. Nous avons élaboré une liste détaillée des rationalités observées dans l'ensemble du corpus ; celle-ci a alors été mise en relation avec les réflexions et outils théoriques qui avaient été mobilisés pour construire la problématique et les questions de recherche, et qui avaient été mis à distance provisoirement durant l'étude de terrain (voir Laperrière, 1997).

Cette tranche d'analyse, en particulier, a permis d'explorer le matériel au regard de l'hypothèse de travail formulée à l'issue du chapitre II, quant à l'influence de la rationalité pénale moderne sur la manière dont les proches des personnes condamnés sont appréhendés et pris en compte en lien avec le choix de la peine. La grille de lecture fournie par cette théorie a ainsi été « appliquée » sur le matériel afin d'enrichir l'analyse et d'interpréter les données.

L'usage du logiciel ATLAS.ti a encore permis de faciliter cette nouvelle lecture (horizontale), dans la mesure où il a permis d'interroger l'ensemble du corpus relativement aux dimensions explorées, notamment par la fonction de création de « Rapports », basés sur le travail de codification effectué au préalable.

Précisons encore que les différentes étapes et opérations ne se sont pas déroulées selon un ordre chronologique stricte et figé, mais plutôt selon un processus organique, qui s'apparente à celui préconisé par Laperrière :

La codification des données s'accompagne continuellement d'une réflexion théorique, consignée sous forme de mémos faciles à réviser. À tout moment, en

effet, les concepts de départ peuvent être remaniés ou même supprimés si l'analyse des nouvelles données l'exige. La cohérence théorique recherchée n'implique pas la rigidité des catégories, mais bien leur adéquation à l'*ensemble* des données. (1997, p. 317, emphase de l'autrice)

En effet, comme le note justement Diotte, « [b]ien que l'organisation du chapitre méthodologique sépare clairement la collecte des données et l'analyse de celles-ci, dans la pratique il n'en est rien » (2021, p. 67).

L'ensemble du travail analytique présenté dans ce chapitre nous a permis de dégager différentes représentations des *proches des personnes condamnées* et des *effets de la peine* à leur égard dans les discours des juges. Ces observations seront présentées respectivement dans les chapitres 4 et 5. Par ailleurs, suivant les objectifs de la recherche, nous avons également porté une attention spéciale aux rationalités associées à la prise en compte de ces éléments en lien avec la détermination de la peine, comme nous l'avons exposé précédemment. Cette portion d'analyse fait l'objet du chapitre 6.

Chapitre 4 – Les proches des personnes condamnées dans le contexte de la détermination de la peine : représentations, accès à l’information et expériences des juges

Introduction à l’analyse : le point de vue des juges sur le thème général de la recherche

Nous entamerons avec ce chapitre l’analyse des données issues des entretiens de recherche. Nous débuterons avec le premier objectif de la recherche : décrire les représentations que les juges se font des proches des personnes condamnées. Nous nous pencherons en particulier sur le sens attribué à la notion de « proches », sur les informations dont les acteurs/trices disent disposer quant à ces personnes, et sur les expériences décrites par les juges en lien avec les proches des personnes condamnées.

Avant de passer à la présentation de ces premiers résultats de recherche, rappelons en guise d’introduction que la démarche de recherche a été mue par une volonté de « déverrouiller » une thématique qui nous était apparue extrêmement absente et peu discutée en droit criminel, tout comme en sociologie pénale. Faire émerger une forme de conscience à son égard, mettre en lumière des angles morts du système quant à certains coûts liés à son propre fonctionnement, *montrer* un problème sont tout autant d’éléments qui ont donné à ce travail sa première impulsion. Suivant cela, nous avons qualifié cette recherche d’entreprise de « problématisation », au sens où l’a décrit Foucault¹²⁴.

Considérant cela, nous débuterons ce premier chapitre d’analyse en présentant les points de vue des juges interviewé-e-s *eu égard au thème de la recherche*. Ces premières

¹²⁴ Voir l’Introduction générale de la thèse : il s’agit pour Foucault d’« un effort pour rendre problématiques et douteuses des évidences, des pratiques, des règles, des institutions et des habitudes qui s’étaient sédimentées depuis des décennies et des décennies » (1994, n° 353, p. 688-689).

réactions, réflexions et interrogations des participant-e-s s'avèrent révélatrices de la place occupée par cette thématique dans leurs pratiques et dans leurs esprits.

La première observation d'intérêt a trait à la perception de la possibilité même d'un échange avec nous au sujet des proches, en lien avec la détermination de la peine. Plusieurs participant-e-s ont exprimé la crainte de n'avoir pas suffisamment à dire sur ce thème, de ne pas pouvoir échanger une heure trente à ce sujet¹²⁵, comme l'exprime cette juge au tout début de notre échange :

JUGE #7 : J'ai l'impression que ça va être une courte rencontre. [...]. [V]otre sujet [...] c'est un parent pauvre, me semble-t-il. Puis je ne sais pas si vous avez eu des échos différents ou distincts, mais... en agriculture c'est un terroir en jachère, votre histoire. Enfin, c'est mon impression.

L'usage du terme « jachère », en référence au thème des proches dans le contexte de la détermination de la peine, a retenu notre attention. Si l'on s'en remet au dictionnaire, ce terme se définit ainsi : « état d'une terre labourable qu'on laisse temporairement reposer en ne lui faisant pas porter de récolte »¹²⁶. Accolé à notre sujet de recherche, il permet de percevoir ce dernier comme se trouvant dans une position de dormance provisoire, plutôt que dans une forme d'abandon ou d'inexistence. Si la terre est « labourable », c'est qu'elle contient un potentiel certain, quoiqu'il demeure inexploité. On peut ainsi y percevoir un potentiel de transformation pour l'intervention pénale.

Au sens figuré, l'expression « laisser quelque chose en jachère » est associée à l'idée de « ne pas tirer parti d'une chose, ne pas lui demander ce qu'elle pourrait donner »¹²⁷. Si l'on emploie cette définition en référence au thème des proches dans le contexte de la détermination de la peine, on peut dire que celui-ci *pourrait* être utilisé pour réfléchir à la peine, quoiqu'il ne le soit pas. Le potentiel est là, son usage, peut-être pas. Sans pouvoir affirmer que c'est de cette manière que le thème a été perçu par ce-tte juge, cette petite digression sémantique nous permet de mieux décrire notre propre perception, celle qui

¹²⁵ C'est-à-dire la durée approximative d'un entretien, tel que mentionné dans la lettre d'invitation à participer à la recherche. Voir l'annexe 3.

¹²⁶ Le Robert – Dico en ligne : <https://dictionnaire.lerobert.com>

¹²⁷ Centre national de ressources textuelles et lexicales, en ligne : <https://www.cnrtl.fr/lexicographie>

nous a habité dès les prémisses de cette recherche : parler des proches avec les juges, problématiser leur existence et les effets de la peine à leur égard, c'est ouvrir la porte à une réflexion potentiellement fructueuse pour penser l'intervention pénale et ses effets, c'est débiter le labourage d'un terroir actuellement en jachère, c'est retourner la terre avant d'y semer des graines.

L'entretien dont est tiré la citation qui précède, où l'acteur/trice évoque une courte rencontre, est venu renforcer cette idée : il fut l'un des plus longs de tout le corpus, durant près de deux heures trente. Malgré ses appréhensions, ou peut-être plutôt *grâce* à celles-ci, l'entretien est venu « réveiller » pour lui/elle la réflexion sur les proches. Alors que plusieurs personnes interviewées avaient émis la crainte d'épuiser trop vite le sujet, aucun entretien ne fut écourté ou verrouillé par une absence de choses à dire sur le thème proposé. Plutôt que le sentiment de n'avoir plus rien à dire, c'est souvent le temps à disposition des personnes interviewées qui est venu mettre un terme aux échanges.

Nous avons précisé à celles et ceux qui le demandaient que l'entretien ne requérait aucune préparation de leur part ; certain-e-s juges nous ont néanmoins accueillies avec de la jurisprudence, ou encore des articles qu'ils/elles avaient imprimés pour nous, en prévision de la rencontre. D'autres nous ont envoyé du matériel par courriel après l'entretien, poursuivant alors l'échange entamé par l'envoi de documents d'intérêt pour le thème, d'après leur perception. La porte était alors ouverte.

Plusieurs juges ont témoigné explicitement de leur intérêt pour le thème proposé et pour les résultats de la recherche. Par exemple, après un entretien, un-e juge nous exprime par courriel son grand intérêt pour notre échange. Il/elle mentionne également qu'elle prendra en compte le contenu de nos discussions dans sa pratique, et qu'il/elle attend des nouvelles des résultats de la recherche. Plusieurs extraits d'entretiens vont dans le même sens :

- **JUGE #18 : Est-ce que vous, vous auriez des choses à ajouter ?**
- Non. Pas vraiment. [...] Mis à part que votre sujet est très intéressant ! Oui, oui, oui. Vraiment, vraiment ! C'est vrai que c'est un sujet qui est pas abordé

souvent. [...] C'est moins documenté peut-être au niveau de l'impact sur les proches en lien avec l'accusé. Enfin, on va vous lire ! On va vous lire !

JUGE #11 : J'ai vraiment trouvé très intéressant. [...] J'ai eu beaucoup de plaisir. Et j'étais sûre donc... Vu la thématique, j'ai dit que j'étais sûre [que j'en aurais].

JUGE #17 : En tout cas, moi, je trouve intéressant votre projet de recherche. J'espère que ça pourra avoir un impact. Que ceux qui ne sont pas conscients de ces choses-là, ça pourrait les conscientiser.

Plusieurs juges ont également manifesté le souhait que les résultats de la recherche soient diffusés auprès de leur-e-s confrères/consœurs :

JUGE #7 : [...] vous devriez songer à voir dans quelle mesure, une fois que votre thèse va avoir été publiée, vous pourriez faire une présentation à l'Institut national de la magistrature.

JUGE #5 : Quand ce sera fini, appelez-moi. [...] [C]ommuniquiez. Absolument que vous pourriez... ça va intéresser les collègues, moi je pense [...] que oui.

D'autres relèvent l'importance des enjeux soulevés par la recherche :

- **JUGE #5 : Les proches des accusés, on les voit...**
- On les voit presque pas. [...] [I]ls sont pas considérés des victimes dans le droit. [...] Ils sont nulle part.
- **Est-ce qu'il [le droit] devrait [les considérer ainsi] ?**
- Bien, c'est une belle question. C'est une belle question. Une doctorante à l'Université d'Ottawa pourrait se pencher sur cette question-là. [rires] Il y a toutes sortes d'enjeux là-dedans.

Plusieurs juges relèvent l'absence des proches de la personne condamnée dans le contexte du droit criminel, d'après leur perception, et le caractère inhabituel de cette thématique dans le cadre de leur pratique :

JUGE #8 : [...] habituellement ce qu'on entend parler c'est surtout [...] de celui qui reçoit la peine, [...] et des victimes ou des plaignantes ou des plaignants. C'est surtout les deux pôles. Les proches des délinquants, c'est quand même une sphère qui est pas très développée présentement. [...] [Cette question] n'occupe pas l'avant-scène du droit pénal. C'est pas une question qui a accaparé les auteurs beaucoup, l'impact des peines sur les proches.

JUGE #5 : [...] les proches d'une personne accusée là, ça, c'est un domaine très, très occulte.

JUGE #7 : [...] il y a plein de sujets en droit criminel et en détermination de la peine où vous me diriez « quels sont les arrêts de principe [...] ? » et sans trop de difficultés ou avec une recherche sommaire, j'aurais des choses à vous dire. [...] [Votre sujet, les effets des peines sur les proches.] [O]n en parle peu. Puis quand on en parle, c'est pour dire que ce n'est pas déterminant. Un peu comme si la nécessité du châtement primait sur les conséquences que celui-ci allait avoir.

Nous aurons évidemment l'occasion de revenir sur cette dernière phrase, dans laquelle, sans le savoir, ce-tte juge a concentré en quelques mots l'une des hypothèses de cette recherche : l'idée voulant que l'impératif catégorique de la peine, cette *obligation de punir* cristallisée dans la RPM (Pires, 2008a), puisse faire écran à une prise en considération sérieuse de ses propres conséquences. Pour l'instant, notons que la thématique sous étude a suscité des réactions et de l'intérêt par son caractère inhabituel pour les praticien-ne-s rencontré-e-s. Les proches semblent exister uniquement dans les coulisses du système pénal ; sur la scène, il n'y a que la personne condamnée :

JUGE # 8 : [...] il n'y a pas, en ce domaine – en tout cas, à moins que vous me pointiez des éléments que j'ignore – il y a pas... une approche aussi ciblée que nous avons pour les victimes ou les plaignants... et certainement pas comme ça l'est pour l'accusé qui, lui, est le centre d'intérêt du système [...] entourant la peine. [...] [D]ans mon expérience, c'est rare que j'ai vu une discussion autour [du poids de la peine pour la famille]. [...] [I]l y a pas de thèse de développée aussi en profondeur sur ces questions-là [...].

L'absence de problématisation des effets de peine sur les proches par le système pénal est ainsi constatée par plusieurs participant-e-s. Le sujet est perçu comme absent, et les liens sociaux sont très peu *visibles*, d'après les acteurs/trices, dans les communications du système. On peut déjà remarquer ici l'atomisme de la personne condamnée (Pires, 2001b), qui se voit dépouillée de ses relations sociales (Norrie, 2014).

Dans ce premier chapitre d'analyse, comme annoncé précédemment, nous traiterons d'une notion centrale pour la recherche : celle de « proches ». Nous présenterons d'abord la manière dont elle est appréhendée et décrite par les acteurs et actrices dans le matériel empirique récolté (4.1). Nous décrirons ensuite les informations dont ils/elles disent

disposer à l'égard des proches, ainsi que les sources de ces informations, pour observer la visibilité de ces personnes pour le système pénal (4.2). Enfin, nous présenterons les expériences vécues et relatées par les juges en lien avec les proches des personnes condamnées (4.3).

4.1 Qui sont les « proches » des personnes condamnées ? Les représentations des juges

Le travail d'analyse qui sera présenté dans cette section vise à répondre à la question de recherche suivante : quel est le champ sémantique qui caractérise la notion de « proches » dans le discours des juges ? Autrement dit, nous observerons en premier lieu la manière dont ils/elles délimitent cette notion. Nous procéderons en deux temps : d'abord nous décrirons le cercle des « proches » tel que circonscrit par les juges (4.1.1), puis nous traiterons d'un élément plus spécifique, ressortit de l'analyse : l'articulation de la notion de « proches » avec celle de « victime » (4.1.2).

4.1.1 Le cercle des « proches »

Pour débiter cette incursion dans le champ sémantique lié à la notion de *proches* dans le contexte de la détermination de la peine, notons que plusieurs évoquent la complexité de la délimitation du cercle des proches, comme en témoigne cet extrait :

JUGE #9 : [...] [Q]uand on veut apprécier la conséquence de la détermination d'une peine sur un délinquant en particulier, ça peut être difficile de faire le tour des proches [...].

Lors des entretiens, une question nous a été posée à plusieurs reprises, souvent au début des échanges : qu'entendez-vous par « proches » ? De qui parlez-vous ? Par exemple, ce-tte juge qui interroge les contours de ce terme en tout début de rencontre :

JUGE #6 : Qu'est-ce que vous appelez des proches, comment définissez-vous... cette notion de proches ?

La démarche de recherche visait à comprendre comment cette notion était appréhendée et circonscrite *par les acteurs et actrices* dans le contexte de la détermination de la peine,

et non à en imposer une définition précise et fermée aux participant-e-s. Nous avons donc mobilisé cette notion dans les entretiens sans l'attacher à une définition particulière. Ainsi, dans ce dernier exemple, comme dans les situations s'y apparentant, nous avons précisé à la personne interviewée que c'était *son* point de vue et sa façon d'envisager la notion de « proches » qui se trouvaient au cœur de l'étude, et nous lui avons renvoyé la question :

- **JUGE #6 : [...]** j'ai envie de vous poser la question : quand on évoque les proches de la personne condamnée, pour vous, à quoi est-ce que ça fait référence ?
- Écoutez, c'est une notion assez complexe. Évidemment, ça comporte les proches, je vous dirais ce qui est naturel, les membres de la famille, conjoint, frère, sœur, oncle, tante, les enfants, et cetera.

Les relations décrites comme « naturelles », associées ici aux relations conjugales ainsi qu'aux relations familiales ou de parenté, sont venues ponctuer les définitions des *proches* formulées par les acteurs et actrices durant les entretiens. Conjoints et conjointes, enfants et parents sont ainsi souvent mentionnés en premier lieu. À ce cercle s'ajoutent parfois les frères et les sœurs, ainsi que les oncles et les tantes :

JUGE #8 : [...] les parents aussi sont certainement bouleversés par le fait de perdre un enfant [qui part en prison] même s'il est adulte. C'est pas la meilleure façon de passer des vieux jours paisibles.

JUGE #13 : [...] les avocats [...] nous font entendre des familles ou des proches, parce que c'est presque toujours qu'on entend le frère, la sœur, la mère, le conjoint et cetera.

JUGE #14 : [...] on peut [...] prendre des renseignements du côté de la famille, l'époux, l'épouse, les enfants, les frères de l'époux, les frères et sœurs du prévenu et cetera.

- **JUGE #17 :** Quand on parle des « proches », ce terme-là, à quoi est-ce que ça fait référence pour vous ? Qu'est-ce que ça évoque pour vous ?
- Les proches. Bien, pour moi, il y a d'abord le conjoint, conjointe, enfants, les parents aussi. [...] [l] y en a [des accusé-e-s] qui sont assez jeunes pour dépendre encore des parents. [...] C'est large. Les oncles et tantes. Dans des petits milieux, ça a un impact. Tout le monde se connaît. Alors, ça a un impact qui est assez grand.

Dans ce dernier extrait, le cercle des proches prend de l'ampleur, et on voit émerger l'idée de *dépendance*, pour décrire la position de certains proches. Celle-ci revient à plusieurs reprises dans le matériel empirique :

JUGE #9 : Bon, bien je pense... à toutes les familles et les conjoints, conjointes, enfants qui se trouvent privés de ressources financières quand il y a une incarcération. Ça l'a un impact c'est sûr sur ces personnes-là.

JUGE #11 : [...] là, quand je parle de proches, je parle vraiment des enfants ou de l'épouse, des personnes qui, disons, qui sont à charge de la personne à condamner.

Les rôles sociaux associés à la famille dite « nucléaire » sont ainsi fréquemment mobilisés par les juges pour délimiter le cercle des *proches* d'une personne condamnée. Si l'on reprend la typologie établie par Paugam (2013)¹²⁸, on constate que ce sont les *liens de filiation* qui sont évoqués le plus fréquemment. Le cercle des *proches* sera étendu parfois aux liens issus de la vie professionnelle de la personne condamnée – les *liens de participation organique* pour Paugam –, et aux ami-e-s de la personne condamnée – les *liens de participation élective* pour Paugam –, c'est-à-dire les proches « choisis » :

JUGE #6 : Mais je pense que la notion est aussi un peu plus large [que la famille]. Que les proches, ça peut être l'ensemble des personnes qui se situent dans le milieu où... disons le prévenu travaillait, opérait. [...] [C]e que l'on entend par des proches se situe plutôt dans le secteur familial, le secteur des relations amicales, des relations que je vous dirais assez fréquentes, assez constantes entre des individus.

JUGE #18 : Ça peut être aussi des amis. [...] [T]u as des amis qui sont dévastés par les accusations, par les procédures. Ils comprennent pas. [...] Ou les gens avec qui on a travaillé ou qu'on a côtoyés. Tu as des gens qui sont des amis proches, des gens qui se voyaient, tout ça. [...] qui pouvaient pas penser qu'un événement violent pouvait arriver [...]. Alors eux aussi, on peut les mettre dans les catégories de proches. Parce que tu as tes proches directs par lien de sang, mais tu as aussi des proches qui sont des amis. Donc, l'impact est grand.

¹²⁸ Voir la section 1.2.1.

Dans ces derniers extraits, l'ampleur de l'impact que peut avoir une peine devient visible bien au-delà de la personne condamnée. Quant à l'intégration des amis dans la notion de *proches*, un-e juge s'interroge :

- **JUGE #10** : [...] dans la notion de proches... je sais pas si vous mettez les amis, je sais pas si vous les incluez dedans.
- **Moi j'ai pas de définition. En fait, je m'intéresse à votre définition [...].**
- [...] Conjoint, partenaire enregistré, parent en ligne directe, frères et sœurs, consanguins, parents, [...], frères et sœurs et enfants adoptifs. Je pense [que] c'est pas très loin de ça, [de 110 (1) du *Code pénal*]. Finalement, c'est ce noyau dur. [...]. [...] Les proches, on est près de l'intime, dans le très proche. Puis après, vous avez les autres, les amis, etc. [...] [J]e dirais que les proches, eux, sont autour de la vie privée. Et puis après, les amis sont plutôt dans la vie sociale. Puis après la vie professionnelle, on peut se faire des amis, voire des proches, si on travaille avec son épouse, avec son époux. [...] Donc, c'est un peu ça, mais c'est une définition très approximative. Il faudrait que je l'affine si je devais expliquer.

Ici, les *proches* sont associés avant tout à un « noyau dur » de nature familiale, alors que les ami-e-s sont mis en relation avec la vie sociale, l'intimité n'étant pas partagée avec eux. La sphère des *proches* est néanmoins décrite comme étant fluide, avec un chevauchement possible des catégories décrites (vie privée, vie sociale, vie professionnelle). Il est intéressant de noter que la définition de *proches* fournie par le *Code pénal suisse* est ici mobilisée comme point de départ pour circonscrire cette notion dans le cadre de notre échange¹²⁹ ; ce-tte juge est l'unique personne à en avoir fait mention durant les entretiens suisses. Cette base légale n'est manifestement pas perçue comme pertinente eu égard aux proches des personnes condamnées. Ainsi, si la loi pénale suisse offre une définition explicite de la notion de *proches*, cet outil juridique n'est généralement pas présent dans les discours des juges ni mobilisé afin de comprendre cette notion, hormis l'exception présentée ici.

Plusieurs réponses convergent vers l'idée que la notion de *proches*, même si elle est spontanément associée d'abord aux membres de la famille nucléaire, peut recouvrir une signification plus large et concerner un cercle relativement grand de personnes :

¹²⁹ Voir la section 1.3.3.2 sur l'article 110 al. 1 CP.

- **JUGE #16 :** Quand on évoque les proches des personnes condamnées, à quoi est-ce que ça fait référence pour vous [...] ?
- Bien, il y a toujours les proches immédiats, évidemment. Quand on parle des proches, on parle de la famille, le cercle restreint. Alors on parle de conjoints, conjointes. On parle d'enfants et après ça, on élargit : la famille, les parents – beaucoup, les parents, là, souvent – et tout le reste de la famille. Et amis. Et travail. Parce que, là, on va agrandir, agrandir le cercle. Alors... et une communauté, évidemment, parce que ça peut arriver que ça soit des gens très connus dans une communauté. Que ce soit un politicien, un maire, ou quoi que ce soit, là, qui est accusé et condamné de fraude, etc. [...] Donc, on part du petit noyau et on élargit. C'est ça les proches.

On voit ici apparaître l'idée que le cercle des *proches* dépasse celui de l'intime, et que différentes configurations de liens sociaux, en l'occurrence les liens civiques ou politiques, sont également pertinentes pour apprécier cette notion. La quatrième catégorie de liens sociaux décrite par Paugam apparaît ici, soit les *liens de citoyenneté*. Pour plusieurs juges rencontré-e-s au Québec, la notion de *proches* se définit plus largement pour les personnes autochtones :

JUGE #9 : [Pour les personnes autochtones], la notion de famille est très, très élargie. Un beau-frère, ça fait partie de la famille. Quelqu'un qui vient dans le village puis qui reste un an, il fait partie de la communauté pendant un an, puis après ça, bien il en fait plus partie. C'est des notions qui sont différentes.

JUGE #8 : [...] [L]es proches, dans le Grand Nord, c'est pas juste les conjoints puis les enfants, c'est les grands-parents, les *elders*. Ça peut même, dans certaines communautés, chez les Cris, les cousins. C'est les familles très étendues. Très, très étendues. [...] [L]a famille, dans certaines communautés, c'est important. C'est très, très important. [...] [L]a famille, [dans les communautés autochtones], repose sur un instinct de survie qui dépend de toutes les composantes de la famille, ce qui n'est pas le cas chez nous, ici, dans le sud ou dans le monde occidental. [...] [C]ulturellement, ça a toujours été ça puis c'est encore imprégné de même.

L'idée voulant que la conception de l'individu et de ses relations puisse différer selon les traditions culturelles (Martucelli, 2002) est ici envisagée par certain-e-s juges. L'importance accordée à la famille élargie pour les personnes autochtones est aussi mise en relation avec leur présence au tribunal, qui serait plus fréquente. Ici, ce sont les proches eux-mêmes qui jouent activement le rôle de « gardiens » des liens sociaux, en mettant de l'avant l'importance de leur préservation et en rappelant les effets indésirables de peines qui éloignent de la communauté :

JUGE #8 : [...] [D]ans le milieu nordique, souvent, la question de la famille revient à l'avant-scène en matière de peine. Ça, souvent. [...] Je dirais tellement souvent qu'à chaque fois, le père, la conjointe, les cousins vont venir témoigner pour dire qu'il faut pas le sortir du village. Dans le sud on n'a pas ça.

La déclinaison des liens sociaux pour ces personnes est mise alors en relation avec un élargissement des conséquences potentielles d'une peine :

JUGE #17 : [Q]ui sont les proches pour moi ? Conjoint, enfants, parents, c'est large. Et dans les communautés autochtones c'est encore plus large que ça. Parce que chez les autochtones l'impact est carrément sur la communauté. [...] [Y] a comme un lien qui est général. [...] [C]omme c'est plus large, l'impact va être ressenti sur plus de personnes. Parce que les liens sont tissés plus serrés.

Quant aux enfants des personnes condamnées, ils sont souvent mentionnés en référence à la notion de *proches*. Il semble néanmoins qu'ils soient plus visibles lorsque c'est leur mère qui est condamnée, que lorsque c'est leur père :

JUGE #4 : [...] si on a une mère qui garde l'enfant et qu'on doit mettre en prison, ben on va s'inquiéter de ce problème-là, oui oui. Mais c'est tellement rare ce cas-là que... y a pas une grande procédure qui est mise en route pour de telles situations.

— **JUGE #8 :** Et ce genre de précaution dont vous parlez [quant à savoir qui va s'occuper des enfants], est-ce que c'est quelque chose qu'on voit fréquemment dans les dossiers ?

— [...] [S]elon mon expérience, on ne voit pas ça beaucoup du côté des hommes. Et je dirais, étonnamment. Les hommes sont condamnés à l'emprisonnement et... [...] j'ai pas d'études empiriques là-dessus, mais comme je l'ai vécu moi... Et je vous confesse que je ne me rappelle pas de me dire « qu'est-ce qui va arriver à votre femme puis aux enfants ? » Je dis pas que ça se pose pas, la question, mais c'est pas aussi omniprésent.

On voit dans ce dernier extrait la modulation de la visibilité des effets potentiels de la sanction sur les enfants, dépendamment du genre de la personne condamnée ; celle-ci apparaît réduite, voire nulle, lorsque la personne condamnée n'a pas d'enfant et/ou qu'elle n'est pas en couple :

JUGE #4 : Il me semble que la grande partie de notre clientèle, si j'ose ce terme, c'est principalement des hommes, souvent célibataires et souvent sans enfant. [...] Bien sûr que l'on va avoir des parents, on peut avoir des mamans avec

enfants en bas âge, mais c'est quand même beaucoup plus rare d'avoir [...] de tels justiciables qui feraient l'objet d'une condamnation pénale surtout si vous parlez d'une peine de privation de liberté.

[...]

[...] [E]lles sont braves ces mamans qui [...] sont seules à assurer la garde, elles commettent pas trop d'infractions qui les conduisent en prison. Moi j'ai très très peu de cas où je pourrais évoquer cela.¹³⁰

Si les jeunes enfants des mères monoparentales condamnées semblent plus susceptibles d'être visibles pour certain-e-s acteurs/trices, ces enfants sont également décrits comme quasiment inexistantes ; ils pourtant nombreux tant en Suisse qu'au Canada¹³¹. Par ailleurs, si la personne condamnée n'entre pas cette catégorie (soit de « mères monoparentales »), les effets de la sanction sur ses proches ont, corollairement, une visibilité moindre :

JUGE #2 : Statistiquement le délinquant moyen [...] c'est un jeune homme de moins de trente ans. Dans la population ici, les gens de moins de trente ans n'ont souvent pas encore d'enfant [...]. Les parents sont encore souvent là mais ils sont plus dépendants des parents [...] au niveau économique. Il y a évidemment une souffrance de part et d'autre à cause de la séparation, mais l'effet matériel de la privation de liberté pour un jeune homme qui est un adulte célibataire sans enfant, il est pas le même que pour une personne qui a une charge de famille et ce genre de choses.

On voit ici que lorsqu'un homme condamné n'a pas d'enfants ni de conjoint-e-s, l'absence perçue de famille dite « nucléaire » autour de lui engendre une mise en sourdine de

¹³⁰ Plusieurs juges ont évoqué la faible proportion de femmes qu'ils/elles sont amené-e-s à juger dans leur pratique. Notons que ce constat reflète les statistiques de condamnations quant à la proportion d'hommes et de femmes, ces dernières étant nettement moins nombreuses. D'après les plus récentes statistiques disponibles, en Suisse, en 2021, 72'333 hommes étaient condamnés pénalement et 15'842 femmes (voir : Office fédéral de la statistique, 2022) ; au Canada, en 2020-2021, 90'943 hommes et 18'871 femmes étaient condamnés pénalement (voir : Statistique Canada, 2022).

¹³¹ Même si les statistiques officielles font défaut à cet égard, cela tant pour le Canada que pour la Suisse, des estimations existent : d'après Knudsen (2019), environ 44'700 enfants au Canada vivraient séparés d'un de leur parent en raison de l'incarcération de celui-ci, que ce soit de manière préventive ou dans le cadre de l'exécution d'une peine. De plus, un rapport de l'enquêteur correctionnel canadien (2014) établit que plus de 70 % des femmes qui purgent leur peine dans un établissement fédéral ont des enfants de moins de 18 ans (cette statistique n'étant pas disponible pour les hommes). Pour la Suisse, on estime à près de 9000 les enfants dont un parent serait incarcéré (Office fédéral de la justice, 2018). Malgré une observation du *Comité des droits de l'enfant* enjoignant à la Suisse de récolter des données à cet égard (2015), il n'existe toujours pas de statistiques en Suisse sur le nombre d'enfants dont l'un des parents est détenu (voir le rapport du Département fédéral de Justice et Police, 2023).

l'existence de ses proches. Les possibles effet d'une sanction sont alors représentés comme de moindre importance. On retrouve derrière cela une vision traditionnaliste de la famille, comme le remarque cet-te acteur/trice, de manière réflexive :

JUGE #8 : [...] quand on a une femme qui est confrontée au système de justice ça soulève plus d'inquiétudes, probablement, autour des conséquences d'une peine sur les proches, que ça l'est pour les hommes. Peut-être parce que c'est une approche dépassée qui consiste à dire que les femmes sont plus impliquées puis plus près de leur progéniture que les hommes, puis plus responsables. Je le sais pas, [...] mais je vous dis que le réflexe, c'est ça.

Pour résumer, l'analyse des données indique que la configuration familiale et l'articulation des liens sociaux de la personne condamnée, ainsi que son genre, sont susceptibles d'influer sur la visibilité de ses proches. Par exemple, le fait d'être considéré comme un soutien de famille, voire comme l'unique soutien, va rendre les proches plus visibles. Dans le cas contraire, les effets sont alors perçus comme négligeables, voire inexistants.

JUGE #1 : [...] [U]ne grande part des auteurs jugés [ici], [...], avec beaucoup de mouvement à travers les frontières, une criminalité transfrontalière sinon itinérante assez importante, on va voir beaucoup d'auteurs étrangers et pas forcément avec une charge de famille. Pour ces auteurs-là typiquement, l'effet de la peine sur leur entourage n'a pas la même importance.

La visibilité des proches répond ainsi à une géométrie variable, dont les variations se déclinent autour du niveau d'insertion sociale perçu de la personne condamnée et de sa capacité à soutenir ses proches. Dans le même sens, Wandall (2008) avait déjà observé au Danemark qu'au moment de la détermination de la peine, l'absence de « preuve sérieuse » de liens sociaux constituait un motif servant à *justifier* des décisions d'emprisonner ; un déficit perçu de proches peut alors devenir un levier d'exclusion de la personne condamnée.

Outre cela, on voit également émerger l'idée que certaines catégories de proches seraient plus dignes d'intérêt que d'autres : il y aurait en quelque sorte de « bons proches », et de « mauvais proches ». Par exemple, certain-e-s évoquent les proches dont la relation avec les personnes condamnées se tisse autour d'activités illégales :

JUGE #9 : Des fois c'est pas familial parce que pour plusieurs délinquants, le noyau de ce qu'on pourrait appeler les proches, c'est plus des amis, c'est plus des gangs... [...]. Pour les gens qui sont impliqués [dans les gangs de rue] bien, leurs proches, ce sont les membres de leur gang. Ils dorment plus chez leurs parents, ils dorment là en groupe. Ils squattent ensemble, ils volent ensemble, ils font de l'extorsion ensemble alors la notion de proches à ce moment-là devient un peu gélatineuse.

Par opposition au noyau dur évoqué plus haut, qu'on pourrait qualifier de *proches solides*, apparaît ici une distinction intéressante, une catégorie de proches dite « gélatineuse », plus difficile à saisir. Située à l'extérieur des rôles sociaux traditionnels associés à la famille, elle s'accroche plutôt aux expériences vécues des personnes condamnées et à leur style de vie. Toujours dans l'idée de distinguer entre « bons » et « mauvais » proches, ces derniers sont parfois perçus comme ayant contribué aux agissements de la personne condamnée :

JUGE #9 : [...] il y a bien des situations dans lesquelles le proche ou le conjoint qui vient témoigner a sa part de responsabilité dans le crime qui a été commis par le conjoint [...]. Ça m'est arrivé souvent de me dire ou de le dire même des fois, « Madame [...] vous le saviez qu'il avait un problème. Vous avez pas pris de mesures pour mettre fin à la situation, puis maintenant vous voulez tirer profit du fait que la situation a pas été réglée en obtenant un allègement de peine. Je peux pas vraiment vous suivre là-dedans ».

L'étiquette de « responsable », qui est attribuée ici aux proches, fait écho aux constats issus de la littérature relative aux expériences vécues par ces personnes : la procédure pénale serait l'occasion, pour le système, d'exercer une forme de « vigilance élargie » sur les membres de l'entourage de la personne condamnée. Dans ce sens, Ricordeau observe que

[...] dans les débats autour de l'enquête de personnalité de l'accusé, des formes de responsabilité de ses proches dans la commission de l'infraction peuvent être suggérées. Les proches des accusés sont d'ailleurs rarement des de ce qui se joue au cours des procès et d'où émane la tentation d'une « police des familles ». Les mères, les compagnes et les épouses expriment fréquemment leur impression d'avoir été autant jugées que leur proche (que l'accusation cherche à décrire à priori comme de « mauvais maris » et de « mauvais pères ») et être coupables par association, parce qu'elles seraient de « mauvaises mères », des « épouses peu structurantes », etc. (2019b, p. 135)

À ce propos, plusieurs recherches ont montré qu'au moment de l'incarcération, les proches sont sujets à suspicion de la part des établissements carcéraux et des politiques pénitentiaires lorsqu'ils viennent visiter un être cher : Touraut remarque par exemple « la surveillance des parloirs, l'écoute des conversations téléphoniques et la lecture des courriers, [...] [qui] témoignent de la suspicion qui pèse sur les familles de détenus » (2013, p. 87)¹³². Comme le formule de Larminat, « les proches des détenus [sont] parfois traités comme s'ils étaient coupables par association » (2014, par. 18 ; voir également Hannem, 2008) ; les données tendent à montrer que ce constat se manifeste également dans les représentations de certain-e-s juges, cependant minoritaires dans le corpus.

En définitive, la notion de « proches » dans le contexte de la détermination de la peine présente de multiples facettes dans les perceptions des juges et va se décliner différemment dans chaque cas d'espèce. Si parfois les « proches » sont représentés comme étant l'entourage *solide* autour d'une personne, les données montrent que le sens donné à cette notion est *fluide*, et varie selon les acteurs/trices. Plusieurs ont insisté sur l'incapacité de tracer une ligne de démarcation claire à cet égard, sur le fait que la notion ne « répond pas à un schéma » (**JUGE #9**) :

JUGE #17 : [...] les gens qui commettent des crimes sérieux peuvent avoir des très bonnes relations avec leur famille, mais il y a des cas où il n'y en a pas beaucoup, où il y en a peu. Où il y a eu comme un... un détachement. En fait, c'est jamais pareil. On peut difficilement faire un moule avec des petits carreaux puis cocher oui, cocher non. C'est pas simple comme ça.

Ainsi, malgré certaines balises posées par les personnes rencontrées quant à la notion de « proches », celle-ci n'en demeure pas moins insaisissable, et tributaire de la singularité des situations rencontrées. Les représentations observées dans les données s'alignent à cet égard sur les constats posés par la littérature quant à l'absence d'homogénéité de la population constituée par les proches (voir Lehalle, 2019b).

¹³² Les proches eux-mêmes témoignent de cette suspicion, qui se manifeste par le traitement dont ils font l'objet par le personnel des établissements pénitentiaires durant les visites (Lehalle et Plamondon-Dufour, 2021).

4.1.2 Les proches et les victimes

Au-delà de la délimitation du cercle des proches, un élément s'est avéré frappant durant l'analyse du matériel empirique : dans les discours des juges, la notion de « proches » est très souvent mise en relation avec celle de « victimes ». Questionné-e-s sur la première, les juges l'abordent souvent dans une perspective dialogique avec la seconde, comme si ces notions formaient un couple. Entre ces notions, deux types de relations sont observables dans les points de vue des juges rencontré-e-s : une relation *d'association* et une relation de *dissociation*. Nous les traiterons ici successivement.

4.1.2.1 Les proches associés aux victimes

La notion de « proches » est souvent placée dans une relation *d'association* avec celle de « victime », association qui prend plusieurs formes. D'abord, elle peut s'articuler autour du constat que parfois, les proches sont les *victimes directes*¹³³ de l'infraction commise :

JUGE #6 : En lien avec la question des proches, comme juge, je vous dirais [...] que ces questions se sont soulevées de façon particulièrement vive pour moi dans le cadre des infractions d'ordre sexuel. C'est vraiment dans ce domaine-là que ces questions-là se posent à l'égard de la victime et des fois à l'égard de la situation... de l'auteur de l'infraction. Lorsqu'il se situe notamment dans le cercle de ceux qu'on pourrait appeler les proches.

Ici, les proches qui retiennent l'attention sont ceux qui ont été touchés par l'infraction. La relation de proximité et/ou de confiance qui unit l'auteur/trice de l'infraction à la victime agissent alors comme un levier de visibilité fort pour les proches :

- **JUGE #6 :** Donc [pour vous] quand on évoque les proches, on pense aux proches qui sont victimes ?
- Qui sont victimes. Et les proches aussi qui voient ce qui se passe, ce qui arrive, etc. [...]

Pour cet-te acteur/trice, le statut de « victime directe » ou de « témoin » des proches, couplé à la nature des infractions commises (en l'occurrence sexuelle) s'est révélé un

¹³³ Aux fins de distinguer entre victime directe et indirecte, nous retenons ici le critère de l'intention coupable, comme Labonté (2019) propose de le faire.

marqueur important quant à la visibilité des proches. Si ce statut revêt ici une dimension *visibilisante* pour certains proches, on peut s'interroger quant à savoir s'il peut, en négatif, impliquer une dimension occultante pour les autres « types » de proches – celles et ceux qui ne sont aucunement concernés par l'infraction, mais qui seraient susceptibles d'être touchés *par la peine*. Quoiqu'il en soit, les juges rencontré-e-s évoquent souvent les proches atteints directement par l'infraction. À ce titre, les proches qui sont victimes de violence domestique sont fréquemment mentionnés dans les données ; la poursuite d'infractions de cette nature conduit à sortir de l'atomisme, dans la mesure où les personnes victimes entretiennent des liens sociaux forts avec la personne condamnée. Le tissu social est alors plus facilement visible :

JUGE #1 : [...] dans ces cas de violences conjugales, quand on est amenés à les juger, ben tout d'un coup le juge pénal il est effectivement au cœur d'une famille.

JUGE #13 : C'est horriblement compliqué comme position, d'être à la fois victime et à la fois familier de l'auteur. C'est une explosion nucléaire dans un cerveau.

JUGE #8 : Il est possible qu'un enfant tire un avantage d'une relation avec [son parent] accusé. Absolument. Absolument. Mais pas si l'enfant est la victime. [...] Là, ça, c'est problématique.

Les notions de « proches » et de « victimes » sont aussi associées pour exprimer le fait que les proches puissent être affectés par l'infraction commise, *sans avoir été directement la cible de celle-ci*. Le cercle des victimes d'une infraction, au-delà des balises fournies par la loi, est alors élargi ; les proches des personnes condamnées sont alors perçues comme étant des « victimes collatérales » *de l'infraction* :

JUGE #16 : [...] les victimes des personnes accusées sont souvent aussi leurs propres familles de façon collatérale. Il y a beaucoup de dommages collatéraux liés à un acte criminel commis par un être humain [...]. [...] [C]es familles-là sont com-plè-tement chamboulées [...]. Et ça, c'est un aspect que j'ai toujours réalisé pendant mes nombreuses années sur le banc. Combien ça pouvait affecter, chavouler, virer la vie des gens... évidemment des victimes directes, mais beaucoup des victimes indirectes, dont les enfants que j'ai vus pleurer alors qu'ils enchaînaient leur père pour aller... ou leur mère – c'est souvent plus le père, que j'ai vu – pour aller en détention. (nous soulignons)

JUGE #9 : La notion de proches là... [...] Bien, je vous dirais que ça dépend de la nature des dossiers. Il y a des proches qui sont à leur façon victimes aussi de ce que le délinquant a commis comme infraction.

JUGE #5 : [...] les enfants ou les proches de l'accusé, ce sont des victimes innocentes. En principe. Admettons qu'on va prendre le cas de figure où ce sont des victimes innocentes, là. OK. Qui n'ont rien à voir. [...] [C]e sont des victimes innocentes du crime. [...] [C]'est pas simple la question de la prise en charge des victimes collatérales du côté de l'accusé.

Face à la description des proches comme des « victimes innocentes », on peut s'interroger quant à savoir quelles sont les caractéristiques d'une « victime coupable » ; cet extrait montre encore une fois que les proches sont parfois représentés comme étant coupables de l'acte commis par leur être cher, par association.

La perception des proches des personnes condamnées en tant que « victimes du crime » – et non de la peine –, qui est très présente dans les données, peut être mise en relation avec les constats de Labonté quant aux proches des personnes victimes. Dans sa recherche sur la réception des attentes victimaires dans la jurisprudence canadienne, il développe le concept de *victime concrète* et remarque :

[...] le tribunal utilise l'adjectif « directe » et l'adverbe « directement » pour établir le préjudice subi comme un dénominateur commun entre les « victimes directes » et les « personnes directement atteintes » par le crime. La conséquence de cette observation est celle d'élargir le champ d'observation de la victime en délaissant le critère de l'intention coupable. La définition élargie de la notion de victime inclut les personnes qui n'ont pas été *directement visées* par l'intention coupable, mais qui ont été néanmoins touchées par la commission de l'infraction dû aux liens sociaux qui les reliaient à la victime directe. (2019, p. 36, emphase de l'auteur, nous soulignons)

Il constate alors que les liens sociaux existant entre les victimes « directes » et leurs proches sont parfois mobilisés aux fins d'autoriser ces derniers à déposer une « déclaration de victime » lors de la détermination de la peine. Or, dans nos données, l'usage de l'étiquette de « victime » pour les proches n'est pas associé à une possibilité concrète, pour eux, de se faire entendre dans ce contexte (hormis les cas où ils ont été les victimes *directes* de l'infraction). En revanche, comme dans les observations de Labonté, nous constatons que cette étiquette est mobilisée en imputant une responsabilité à la personne condamnée, tout en évacuant le critère de l'intention

coupable¹³⁴. Lorsque nous observerons les rationalités de prise en compte des proches des personnes condamnées lors de la détermination de la peine, nous verrons que l'extension du concept de « victime » à ces personnes induit parfois un effet punitif supplémentaire : avoir des proches devient alors un facteur militant en faveur d'une aggravation de la peine prononcée.

Par ailleurs, un seul juge du corpus a mobilisé la notion de « victime » pour exprimer le fait que les proches puissent être affectés *indirectement* par la peine, et non uniquement pas l'infraction :

JUGE # 12 : Alors pour moi, [...] les enfants du condamné, [...] dans le système c'est [...] entre guillemets – c'est pas un jugement de valeur – c'est « encore moins » que la victime officielle du crime. C'est une victime collatérale, c'est une victime secondaire, mais c'est pas une victime du crime. C'est une victime de la peine.

Si l'idée que les proches soient associés à des « victimes » *de la peine* et/ou *de l'intervention pénale* se retrouve dans la littérature, par exemple chez Ricordeau, qui les qualifie de « victimes secondaires de l'incarcération » (2019b, p. 132), elle est presque absente de nos données. Malgré son « pluralisme sémantique » (Labonté, 2019, p. 23), la notion de « victime » demeure associée, dans les représentations des acteurs/trices, à un effet du « crime ». Alors qu'elle pourrait être mobilisée pour réfléchir à l'éthique de l'intervention pénale et aux atteintes causées *par cette dernière* – par exemple en considérant les *victimes de l'intervention pénale* – les données montrent qu'elle n'est pas employée comme telle. Les décisions sur la peine sont difficilement perçues comme des sources potentielles de « victimisation » pour les proches : si atteinte il y a, elle vient nécessairement de la personne condamnée et de son acte, pas du système¹³⁵.

Pour résumer, les données montrent que la notion de « proches des personnes condamnées » est fréquemment associée à la notion de « victime ». Les proches peuvent

¹³⁴ La question des sources perçues des difficultés rencontrées par les proches – plus souvent attribuées au crime qu'à la peine – sera abordée dans la section 5.1.

¹³⁵ À cet égard, voir les réflexions de Pires (2002) sur les trois niveaux et trois acceptions du concept de victime pour le droit criminel ; qu'il soit considéré dans sa dimension la plus abstraite ou la plus concrète, il est dans tous les cas associé au « déviant ».

alors porter différentes casquettes : celle de victime *directe*, visée par l'intention coupable de la personne condamnée, et celle de victime *indirecte*, dite aussi « collatérale », ou « non officielle ». La qualification des proches en tant que « victimes » suscite toutefois des interrogations :

JUGE # 5 : [un accusé que j'ai eu au tribunal,] sa première infraction c'est à 14 ans. [...] Mais il vient d'une famille très, très criminalisée. Puis là, sa tante est venue dire [...] : « Écoutez il a rien connu d'autre. Il a grandi dans la criminalité ». Ça fait que là, sa famille va-tu être considérée une victime au même titre que la famille de sa victime ?

Dans cet extrait, les proches *des personnes condamnées* sont appréhendées par contraste avec les proches *des personnes victimes*. Comme nous le verrons maintenant, ces deux cercles, qui amènent ici l'acteur/trice à se questionner sur leurs frontières respectives, sont souvent perçus comme étant antagonistes par nature.

4.1.2.2 Les proches *dissociés* des victimes

Parallèlement à l'association faite entre les deux notions évoquées, le matériel empirique contient des indicateurs d'une relation inverse : la notion de « proches des personnes condamnées » est souvent *dissociée* de celle de « victimes ». En effet, une distinction est fréquemment mobilisée par les juges : le cercles des proches *des personnes condamnées*, et celui des proches *des personnes victimes de l'infraction* :

JUGE #17 : Évidemment, il y a un impact sur les victimes puis leur famille, puis il y a l'impact sur les accusés puis leur famille.

JUGE #18 : [...] dans les représentations sur la peine, [...] les proches de la victime veulent se faire entendre et se font entendre. Parce qu'ils ont comme besoin de ça. Alors que du côté de l'accusé, il a été trouvé coupable. C'est lui qui a commis le geste. On dirait que l'élan pour faire ces représentations au même niveau est pas aussi grand [...]. Parce que bon, là, il a été déclaré coupable puis finalement c'est lui qui est le responsable des gestes qui ont été posés. Alors la perception, elle est pas la même.

Ces extraits montrent un *dédoublement* des catégories fondamentales du système de droit criminel, logée derrière les représentations des « proches » : le diptyque classique

Déviant Vs Victime (Pires, 2002) devient ici Proches du déviant Vs Proches de la victime. Cet élément est flagrant dans les propos qui suivent :

- **JUGE #16** : [...] vous voulez axer votre recherche ou discussion sur la détermination de la peine en ce qui a trait à la question des proches des accusés, [...] et non pas les proches des victimes ?
- **Exactement.**
- Alors, c'est un point de vue extrêmement différent. [...] [C]'est tellement différent que littéralement, une salle de cours est divisée en deux. [...] C'est au niveau... du regard. Il y a clairement deux clans, là.¹³⁶

Si les deux catégories de proches – proches des personnes victimes, et proches des personnes condamnées – font partie de « clans », on peut alors se questionner quant à l'effet de cette division presque guerrière, en termes de vocabulaire, sur le plan décisionnel : la présence et la visibilité des premiers vient-elle neutraliser la prise en considération des seconds ? Le potentiel *modérateur* de la reconnaissance des effets de la sanction sur les proches est-il prétérité par la visibilité des attentes punitives de certaines victimes ? En tout cas, cet extrait fait écho à la réflexion de Garcia quant aux perceptions des acteurs/trices judiciaires sur l'apport des « droits de la personne » dans le processus de prise de décision en matière pénale. Elle remarque que les droits des personnes accusées et ceux des personnes victimes sont représentés par les actrices et acteurs de manière conflictuelle :

[...] [O]n se représente l'accusé et la victime comme occupant des positions irréconciliables. Ce type d'opposition entre accusés et victimes n'est pas nouvelle dans le domaine du droit criminel. Carrara remarquait déjà au XIX^e siècle que *la pitié pour l'offensé étouffe la pitié pour l'offenseur*. (2015a, par. 29, emphase de l'autrice)

Dans notre matériel, il n'est pas question de *droits* à proprement parler, mais les observations de Garcia résonnent avec les données récoltées : si la pitié pour l'offensé étouffe celle pour l'offenseur, qu'advient-il alors de la « pitié » pour les proches de l'offenseur, face à celle éprouvée pour les proches de l'offensé ? Comme les droits des personnes accusées, qui s'effacent au profit de ceux des personnes victimes, l'existence

¹³⁶ Nous aborderons la visibilité *physique* des proches dans les salles de cours, évoquée dans cet extrait, dans la section 4.3.2.

des proches des personnes condamnées disparaît face à celle de la victime et de ses proches :

JUGE #12 : Déjà qu'on prend pas l'intérêt de la victime première en considération prioritaire, ce serait quand même assez surprenant qu'on accorde une importance très considérable aux enfants du condamné en raison du fait qu'ils seront aussi atteints [...] par la peine qui pourrait être prononcée [...] contre leurs parents.

JUGE #5 : [L]es proches de l'accusé là, ils ont encore moins voie au chapitre dans le système que les proches de la victime. [...] [O]n les voit encore moins. Eux autres... ils rentrent pas dans le CAVAC¹³⁷. Les proches des victimes [, par exemple] [l]es parents d'un enfant assassiné ont de la difficulté à se faire reconnaître comme étant admissibles au CAVAC. Ça fait qu'imaginez les proches d'un accusé. Ils sont pas là.

Ici, la considération des proches de la personne condamnée est représentée comme étant antagoniste à celle de la victime, et de ses proches. Ce constat fait écho aux constats de Dubé et Garcia, qui remarquent que les droits des justiciables sont mis *en opposition* avec ceux des victimes, qualifiant cela de « guerre d'humanisme[s] » ou de « choc de dignités » (2017, par. 53) ; comme ils l'expriment,

[l]a théorie de la reconnaissance victimaire du programme de la rationalité pénale moderne n'accorde aucune importance à [la protection du lien social] et continue, comme les autres théories de la peine ont pu le faire avant elle, de créer des obstacles à ses conditions de réalisation, voire à les mépriser. (2017, par. 53)

On peut prolonger ce constat en affirmant, à partir de nos données, que cette théorie, comme les autres théories de la RPM, vient également limiter la possibilité d'accorder de l'importance aux liens sociaux concrets, en opposant la possibilité de reconnaître l'existence des uns à celle des autres. Comme Dubé et Garcia le remarquent, cette opposition n'est pas inéluctable : elle découle de la manière de penser l'intervention au sens de la RPM :

¹³⁷ Ce terme signifie « Centre d'aide aux victimes d'actes criminels » ; il existe 16 centres CAVAC au Québec, qui fournissent différents services aux personnes victimes d'un acte criminel et à leurs proches, ainsi qu'aux témoins d'un acte criminel. Pour plus d'informations, voir leur site Internet : <https://cavac.qc.ca/>

À travers la notion de crime, un conflit prend forme et dans ce conflit, la sémantique que nous avons problématisée ici oppose la victime à l'agresseur et dresse la dignité des uns contre celle des autres, mais cette mise en forme est celle du pénal. Elle est ni nécessaire, ni sans alternative. (par. 60)¹³⁸

Ainsi, si la relation entre les notions de « proches » et « victime » ne se trouve certes pas au cœur de cette recherche, l'association forte observée entre ces notions mérite d'être soulignée. Alors que nous avons mené la recherche en couplant la notion de « proches » avec la personne condamnée, dans les points de vue des juges, cette notion est fréquemment couplée avec la personne victime. Ce couplage est apparu comme un frein potentiel à la prise en compte des effets concrets des décisions pénales : prendre en compte les victimes directes et leurs proches dans le contexte du choix de la peine est vécu déjà comme étant difficile. Dans ce contexte, élargir le regard aux proches de la personne condamnée représente, pour les acteurs/trices, une couche de complexité supplémentaire dans le processus.

Le couplage de la notion de « proches » avec celle de « victime », sous ses différentes configurations, a été une découverte pour nous ; elle était à ce jour absente de la littérature. Une recherche supplémentaire permettrait de mieux comprendre les effets de ces différents couplages en lien avec le choix de la sanction. À tout le moins, ce « débordement » quant au champ pouvant être couvert par la notion de « proches » – nous évoquions spécifiquement les proches des personnes condamnées et nos interlocuteurs/trices insistaient sur ceux de la victime –, démontre l'ampleur de l'effort cognitif demandé aux juges pour aborder des personnes tierces à la procédure. On voit ici l'influence considérable, dans les représentations observées, du couple Déviant Vs Victime observé par Pires (2002) dans la RPM, qui refait surface lorsqu'il s'agit de questionner le rapport du système aux proches.

Par ailleurs, la visibilité des victimes *de l'infraction*¹³⁹ semble se faire au détriment des « victimes » *de l'intervention*. On observe, encore ici, les difficultés éprouvées par le système à *regarder en face* les effets de ses propres actions : l'*hypervisibilité* du « crime »

¹³⁸ La mise en forme décrite ici rappelle la pensée de Christie (1977), évoque la *confiscation des conflits* opérée par le système pénal.

¹³⁹ Sur l'évolution de la place de la victime en droit criminel canadien, voir notamment Labonté (2020).

et de ses conséquences éclipsent les effets de l'intervention, ce qui limite les capacités de l'intervention à en tenir compte de manière substantielle. À ce propos, on peut faire un parallèle avec notre analyse de l'étude du cadre légal de la détermination de la peine au Canada¹⁴⁰ : nous avons observé que dans ce contexte, seuls les proches ayant été victimes de l'infraction étaient visibles dans les dispositions relatives à la peine ; sans ce « statut », la loi ne leur prête pas attention. Or, les données indiquent qu'on retrouve la même logique dans l'empirie, où la visibilité des proches non-victimes de l'infraction s'avère limitée.

Maintenant que nous avons décrit le champ sémantique de la notion de *proches*, telle qu'appréhendée par les juges dans le contexte de la détermination de la peine, ainsi que ses intrications avec la notion de « victime », nous allons nous intéresser aux informations dont les juges disposent eu égard aux proches, toujours d'après leurs perceptions. De cette manière, nous pourrions mettre de la « chair autour de l'os » des proches, et entamer une description plus approfondie des représentations des juges à leur égard.

4.2 Les informations relatives aux proches

Durant les entretiens, nous avons questionné les juges quant aux informations dont ils/elles disposent à l'égard des proches, afin de mieux décrire les contours de leur visibilité. Les données indiquent que pour certain-e-s juges, ces informations sont extrêmement limitées, voire parfois inexistantes :

- **JUGE #13 : [...] qu'est-ce que vous avez comme informations en mains, dans un dossier pénal, par rapport aux proches ?**
- Pratiquement rien. Pratiquement rien. [...] En réalité on a comme informations sur les proches généralement ce que nous disent les proches qui viennent témoigner à l'audience.

Ici, le témoignage des proches dans le cadre de la détermination de la peine apparaît comme crucial quant aux informations les concernant¹⁴¹. L'analyse du matériel empirique

¹⁴⁰ Voir la section 1.3.3.1.

¹⁴¹ Nous développerons plus loin les points de vue des juges quant au témoignage des proches en lien avec la peine. Voir la section 4.3.2.2.

montre par ailleurs que d'autres sources d'informations, qui se déclinent tout au long de la procédure pénale, sont mentionnées par les juges. Cette section sera ainsi consacrée à la description des sources dont proviennent les informations sur les proches, et à la nature des informations que les juges décrivent avoir en mains au moment de déterminer la peine. Nous verrons notamment que si les proches peuvent bénéficier d'une certaine visibilité au moment de l'enquête, plus la procédure pénale avance, plus leur invisibilisation s'installe.

Dans une recherche qui présente des similarités avec la nôtre, Minson (2020) observe que la majorité des juges qu'elle a interviewé-e-s décrit le « rapport présentenciel » comme étant la principale source d'informations sur les enfants mineur-e-s, au moment de la détermination de la peine infligée à leurs mères¹⁴². Nos données s'éloignent de ces observations : si les rapports présentenciels sont parfois mentionnés par les juges quant aux informations disponibles sur les proches¹⁴³, d'autres sources viennent souvent étayer le portrait global des proches que se font les juges lors de la détermination de la peine. Nous avons rassemblé dans la partie qui suit, de manière synthétique, les sources évoquées durant les entretiens. Nous présenterons d'abord les informations obtenues durant l'instruction du dossier pénal (4.2.1), puis celles obtenues dans le cadre de la détermination de la peine (4.2.2). À cela s'ajoute le témoignage des proches, qui fera l'objet d'une section spécifique, rattachée aux expériences des juges en lien avec les proches¹⁴⁴.

4.2.1 Les informations obtenues durant l'instruction du dossier pénal

Les acteurs/trices peuvent obtenir des informations sur les proches en consultant le dossier pénal de la personne condamnée, qui contient parfois plusieurs documents produits au fur et à mesure de l'instruction d'une affaire, et permettant d'apprendre sur les

¹⁴² Au Canada, le rapport présentenciel peut être décrit comme « une preuve documentaire sous la forme écrite que peut solliciter le tribunal de l'officier de probation [...] » (Stylios, 2021, par. 27) pour l'aider dans sa tâche de déterminer la peine. Ce document, prévu par l'article 721 du *Code criminel*, peut aborder la situation personnelle de la personne condamnée, dont sa situation familiale. En Suisse, un outil similaire n'existe pas.

¹⁴³ Nous faisons référence ici aux juges québécois uniquement.

¹⁴⁴ Voir la section 4.3.2.

proches. Questionné-e-s sur les informations disponibles quant aux proches, plusieurs juges exerçant en Suisse ont mentionné un questionnaire que la personne arrêtée est invitée à remplir durant sa première audition par la police¹⁴⁵ :

JUGE #11 : [...] dans le système, en tout cas [ici], il y a déjà... souvent lors de la première audition par la police, un PV d'audition à part sur la situation personnelle de la personne prévenue.

JUGE #1 : [...] maintenant ça a été intégré dans les canevas [...] d'interrogatoire de police. Dès le départ la police demande « quelle est votre situation personnelle », en gros on demande s'il a des enfants [...]. S'il y avait des choses à appréhender de ce côté-là [...].

Des informations sur la situation familiale de la personne arrêtée sont ainsi collectées, d'après les juges, au tout début de la procédure pénale :

JUGE #2 : [...] ça fait partie vraiment des questions essentielles et sur lesquels on met un grand poids au moment d'une interpellation. Au début d'une enquête, quand on arrête quelqu'un, c'est vraiment une question systématique : « est-ce que vous avez des enfants en bas âge, est-ce que vous avez [...] un animal de compagnie », enfin on fait vraiment un canevas très très serré pour s'assurer que y a personne qui tombe à ce moment-là dans l'oubli.

On voit ici que la visibilité des proches semble importante parce qu'elle touche à des questions de survie ; le système prend alors en considération les conséquences tragiques qu'un oubli de sa part pourrait avoir. Nous verrons que cette visibilité tend à s'estomper à mesure que la procédure évolue. Par ailleurs, les informations obtenues par le biais de ce questionnaire sont décrites comme étant limitées :

JUGE #2 : [...] les questions elles sont vraiment standards. Elles sont posées dès le début de la procédure, quand on ne sait pas encore très bien vers quoi on se dirige. Donc l'enquête de police où les policiers ne sont pas forcément au fait de la suite qui va se passer.

¹⁴⁵ Précisons qu'au Québec, aucun-e juge rencontré-e n'a évoqué disposer d'informations sur les proches qui proviendraient d'un questionnaire soumis à l'accusé-e par la police, au début de la procédure pénale ; cela n'exclut pas que cette pratique puisse avoir cours, mais elle n'a en tous les cas jamais été évoquée par les participant-e-s.

Ce document, nommé ici « rapport de renseignements généraux », est demandé ponctuellement pour compléter le dossier pénal, dépendamment de la gravité de l'infraction en cause :

JUGE #4 : [...] si l'infraction est plus grave, nous allons régulièrement demander ce que l'on appelle un rapport de renseignements généraux à la police. [...] [O]ù on aura la biographie de la personne, on aura sa situation financière, sa situation familiale [...]. Mais ça tient sur deux pages, c'est pas énorme. Voilà ce qu'on peut avoir. [...] Le rapport de renseignements généraux n'est pas systématique. [...] [E]ntre l'amende et les vingt ans de prison, je peux pas vous dire il y a une systématique. [...]

Pour certain-e-s, le contenu du questionnaire n'est pas perçu comme une source fiable d'information :

JUGE #2 : [...] ça fait partie dès le début d'une cause pénale, des questions qu'on pose, de savoir si les gens ont un conjoint, des enfants, des parents, ou alors une famille. Ça fait partie de des questions de base, [...] posées dès le premier interrogatoire à la police... Mais y a des gens qui ne disent rien... ou y a des gens qui disent que tout le monde est mort. On peut en douter beaucoup mais... Selon d'où ils viennent, il y a pas moyen de vérifier ça. C'est vraiment compliqué, et puis pour les petits dossiers, c'est vrai aussi qu'on ne va pas aller vérifier [...].

Ici la fiabilité faible est associée à une volonté de la personne arrêtée de ne pas divulguer certaines informations. À l'inverse, pour un-e avocat-e de la défense, c'est plutôt le contexte entourant la collecte des renseignements qui affecte leur fiabilité :

AVOCAT-E #3 : Vous avez le questionnaire [lors du] premier interrogatoire de la police qui est fait... [...] mais alors attention, [...] mettez-vous en condition. Ça fait trois heures et demie d'audition par exemple. L'audition est suspendue [...]. Donc là, [la personne arrêtée] reste en cellule. Et après quand ils reviennent ils lui disent « bon bah monsieur vous allez rester en prison, le commissaire a décidé. Alors encore deux-trois petites questions sur votre situation personnelle, [e]st-ce que vous voulez qu'on prévienne un membre de votre famille ? » [ton ironique]. Mais écoutez ! Ça, c'est au début qu'[il faut] demander, quand le gars il est pas humilié, détruit, angoissé et qu'il sait qu'il va aller au trou. [...] C'est pas après, quand il a peur et que son monde s'écroule que tu lui demandes d'appeler ses proches. C'est au début que tu dois t'inquiéter de savoir où est sa femme. [...] Son fils, etc.

Le moment où les informations sont recueillies, tout comme la manière dont elles le sont, atteindrait donc leur qualité ; elles proviennent ici de la personne arrêtée, qui peut ne pas

souhaiter les divulguer, ou qui peut se trouver en mauvaise condition psychique pour donner des informations qui requièrent une relation de confiance pour être délivrées.

Ensuite, d'après certain-e-s juges, d'autres documents issus du dossier pénal contiennent parfois des informations relatives aux proches ; elles s'avèrent souvent plus étoffées, et évidemment plus récentes, que celles issues du premier interrogatoire de police :

JUGE #20 : Dans les expertises psychiatriques [le cas échéant] souvent il y a une anamnèse ou une histoire personnelle qui est plus profonde que l'audition de police, qui porte plus sur une situation actuelle, et là souvent, on a plein d'informations sur la famille.

JUGE #4 : Dans les cas les plus graves on a une expertise psychiatrique, qui pourra aussi porter des éléments sur la situation personnelle de l'auteur [...].

Il arrive également que les dossiers pénaux contiennent des rapports établis par des services sociaux, comme la protection de la jeunesse, notamment si des personnes mineures ont été victimes directes de l'infraction :

JUGE #14 : [...] si on a une affaire dans laquelle y a [...] des infractions commises par le père ou la mère contre l'enfant par exemple, alors on fera venir le dossier de protection des mineurs, et puis on aura tous les rapports du Service d'enfance et de la jeunesse, [...]... on glane plein d'informations [...].

De plus, si la personne accusée est restée détenue en attente de son jugement, les dossiers peuvent contenir des rapports provenant du lieu où s'effectue cette détention :

JUGE #20 : [...] en demandant simplement un rapport à la prison sur comment se déroule l'exécution de la peine¹⁴⁶ de la personne qui est déjà en détention, y aura plein d'informations sur les proches, parce qu'ils nous diront s'il y a des contacts avec sa famille, si les enfants viennent le visiter et cetera, donc on aura aussi des informations par ce biais-là.

Comme cela a été formulé par un-e acteur/trice ci-haut, l'accès aux informations concernant les proches n'est pas automatique pour les juges : elles sont « glanées » dans différents documents. Rassemblées et récoltées par-ci par-là, les informations relatives aux proches arrivent ainsi aux acteurs et actrices suivant le hasard de la procédure. Leur

¹⁴⁶ *Sic.*, il s'agit de la détention avant jugement.

présence dans les dossiers pénaux apparaît contingente et varie en fonction de chaque cas d'espèce. Cet extrait va dans le même sens :

JUGE #2 : Si la personne est d'ici, on aura très souvent beaucoup d'informations, parce qu'on aura des gens qui viennent le voir en prison, on aura plein de choses, donc on arrivera à reconstituer un petit peu la réalité. Maintenant... et c'est vraiment une réalité de notre pratique, ici [...], on a beaucoup de justiciables qui ne sont pas d'ici... [...] Ils apparaissent sur le radar tout d'un coup parce qu'ils ont commis une infraction, et soit ils recommencent et on les revoit, soit ils disparaissent. Et donc on a pas beaucoup d'informations [...].

Cette contingence est relevée par un-e avocat-e de la défense qui relate une expérience vécue avec un client :

AVOCAT-E #3 : [quand j'ai accepté ce dossier] je me renseigne, et puis je vois qu'en fait, il est marié et il a des enfants. Mais il y avait absolument rien dans le dossier, qui était [en cours depuis] deux ans. Deux années de procédure, il y avait absolument RIEN sur sa famille.

Par ailleurs, les informations relatives aux enfants apparaissent de manière aléatoire :

JUGE #1 : Ce que je vois, dans tous les dossiers que je lis à longueur d'année, on a l'information, très factuelle et limitée, du fait que l'auteur qu'on est appelé à juger a des enfants. On peut avoir des fois l'âge de l'enfant, on connaît le statut, euh... l'état civil.

Enfin, la pertinence perçue d'une information concernant les proches semble jouer un rôle quant à leur présence dans le dossier :

JUGE #5 : [...] les informations qu'on aura, ça va être généralement au stade de la détermination de la peine, sauf si c'était pertinent dans le dossier.

Les paramètres gouvernant la collecte d'informations relatives aux proches durant l'enquête semblent échapper aux actrices et acteurs qui auront, en aval, la tâche de déterminer la sanction pénale à imposer.

4.2.2 Les informations obtenues dans le cadre de la détermination de la peine

Comme nous l'avons mentionné précédemment, contrairement au droit suisse, le droit canadien prévoit la possibilité de recourir à un rapport présentenciel dans le contexte de la détermination de la peine. Cet outil est mentionné par plusieurs juges comme étant une source d'informations sur les proches :

JUGE #17 : [...] quand on a un rapport présentenciel, bien évidemment, l'agent [de probation] parle de l'entourage, et [...] l'impact de la peine sur la famille.

Pour ce-tte juge, ce canal d'information est une source importante et objective d'informations, envers laquelle un sentiment de confiance est éprouvé :

JUGE #9 : Alors, il y a une objectivité dans le rapport prédécisionnel qui fait en sorte que les juges s'en inspirent beaucoup parce que nous on rencontre pas les gens dans leur intimité. Les agents de probation le font.

Quant aux informations spécifiquement liées à la situation des proches, ce-tte juge est sceptique quant à cet outil en tant que source d'informations, constatant qu'il traite avant tout de la personne condamnée :

JUGE #8 : [...] les rapports prédécisionnels des fois abordent la question. Mais le rapport [...] se concentre sur l'accusé. On veut savoir à qui on a affaire. Bon. Puis on veut connaître le risque de récidive essentiellement, par ça. [...] Mais dans le rapport pré-décisionnel, il y a pas habituellement de chapitre qui dit « voici l'impact d'une peine sur la famille ». On n'a pas ça. Habituellement.

Quant aux informations relatives aux enfants de la personne condamnée (nombre, âges, détenteur/trice de la garde, etc.), ce-tte juge, explique :

JUGE #9 : C'est des informations qui peuvent être connues par le biais du rapport prédécisionnel. Il y a des agents de probation qui vont couvrir ça [...], d'autres [...] pas. [...] Puis des fois ils vont nous passer le message que ça causerait des problèmes intrafamiliaux si la peine était sévère. [...] Mais ça, c'est leur liberté professionnelle. Ils le couvrent s'ils estiment que c'est opportun, mais comme c'est pas quelque chose qui est demandé, c'est pas [...] systématiquement examiné. (nous soulignons)

La visibilité des proches est ici dépendante d'un choix discrétionnaire opéré par l'agent-e de probation qui rédige le rapport présentenciel ; le/la juge de la détermination de la peine serait le réceptacle de « messages » envoyés par les personnes rédigeant ces rapports, et n'auraient pas un rôle pro-actif à jouer afin de s'informer adéquatement quant aux réalités des personnes qui seront affectées par la décision pénale. À tout le moins, ces rapports offrent la possibilité d'une enquête sociale sur la personne condamnée ; ce type d'enquête ne semble pas avoir cours en Suisse¹⁴⁷ :

JUGE #4 : Mais nous n'ordonnons pas une enquête sociale à l'égard du prévenu pour savoir ce qu'il en est de ses éventuels enfants.

Si le rapport présentenciel peut parfois contenir des informations relatives aux proches, les données montrent que, d'après les juges interviewés, leur présence est contingente ; un rapport présentenciel n'est pas présent dans chaque dossier, et l'agent-e de probation n'inclut pas systématiquement de telles informations. Par ailleurs, le contenu des informations disponibles sur les proches via ce rapport s'avère peu détaillé, et loin d'être exhaustif. Enfin, le cœur de ce rapport demeure articulé autour de la personne condamnée, ses proches y étant cité de manière accessoire, sélective.

Outre cela, les tribunaux peuvent apprendre sur les réalités des proches directement via l'audition de la personne condamnée, qui représente une source d'informations considérable dans le cadre de la détermination de la peine :

JUGE #2 : [...] ce qui va faire que la situation du proche va être ramenée au premier plan, c'est essentiellement les propos du condamné [...].

JUGE #4 : [...] en audience on interroge l'auteur sur sa situation personnelle.

Il arrive que la personne condamnée doive fournir au tribunal des informations sur sa situation personnelle, y compris sur sa situation familiale, en amont des audiences de jugement et sur la peine :

¹⁴⁷ Cela hormis les situations, mentionnées précédemment, où les enfants ont été victimes de l'infraction.

- **JUGE #12** : [...] on leur fait remplir un formulaire qui s'appelle « Situation personnelle » où on leur demande [...] s'ils ont des personnes à charge, s'ils ont de la fortune, s'ils ont... Oui. Oui, c'est ça. Si...
- **Donc c'est un formulaire qui est, comment dirais-je...**
- Préimprimé...
- **... créé par le tribunal et qui est donné au prévenu [...] ?**
- Oui, on le lui envoie même avant le procès. Il doit venir [...] en l'ayant rempli. Des fois ils remplissent pas parce qu'ils s'en foutent alors on essaie de le remplir pendant les débats. On essaie de boucher les trous qui sont encore dans le formulaire [pour avoir] une vision assez générale de la situation personnelle [notamment] professionnelle, matérielle, familiale [...].

Encore une fois, on remarque la fragilité des informations à disposition des actrices et acteurs, qui tentent parfois de « boucher les trous », de grapiller à gauche et à droite des éléments leur permettant de rendre la peine juste et adéquate. Par ailleurs, les informations fournies par les personnes condamnées à l'égard de leurs proches ne sont pas toujours perçues comme fiables et sont parfois accueillies avec circonspection, tout comme nous l'avons vu pour celles données lors du premier interrogatoire de police :

JUGE #13 : Alors les prévenus racontent n'importe quoi sur leur famille en général. Souvent.

JUGE #12 : [...] s[i le prévenu] dit « j'ai deux enfants en bas âge », je dis « Est-ce que vous vivez avec puis c'est vous qui payez pour [...] ? » « On est séparés avec ma femme et je dois payer une pension ». Je dis : « vous la payez [...] régulièrement ? » On essaie de voir s'il a l'utilité qu'il dit. [...] Parce que s'il a jamais payé la pension puis qu'en fait, qu'il soit en liberté ou en prison ça changera pas grand-chose... Probablement qu'il va pas commencer à payer [rire] juste parce qu'on l'envoie pas en prison. [...] [C]'est qu'un élément parmi d'autres [...].

Dans ce dernier extrait, les difficultés rencontrées par les proches sont réduites aux enjeux financiers découlant d'une éventuelle privation de liberté¹⁴⁸, et les propos des personnes condamnées sur leurs proches sont parfois remis en question ; cet extrait va dans le même sens :

JUGE #2 : [...] [la personne jugée] va venir évidemment avec un argument qu'on nous sort tout le temps, qui est « j'ai une copine, je vais me marier ». C'est affreux, parce que dans certains cas c'est vrai, mais très souvent on ne connaît

¹⁴⁸ Nous verrons que cet aspect est particulièrement mis en évidence par les acteurs et actrices lorsqu'il s'agit de décrire les effets de la peine sur les proches, voir la section 5.4.2.

pas le nom de la copine, il sait pas où elle habite, enfin voilà. C'est aussi souvent un argument qu'on essaie de nous plaider. On devient [...] très cyniques.

Ainsi, si la personne condamnée représente une source d'informations potentielle sur la situation de ses proches, ces informations s'avèrent, d'après les points de vue des acteurs/trices, fort disparates et pas toujours crédibles ; leur fourniture dépend également de la volonté de la personne condamnée, qui demeure libre de répondre (et de le faire exhaustivement) aux questions posées durant l'audience. De plus, un climat de méfiance à l'égard de la sincérité de la personne condamnée amène parfois à douter de la véracité des informations relatives à l'existence même d'un univers relationnel ; on retrouve ici des traces de l'atomisme décrit par Pires (2001b), les liens sociaux étant marginalisés, voire perçus comme factices.

Enfin, outre les rapports présentenciels et la personne condamnée, de nombreux-ses juges perçoivent les avocat-e-s de la défense comme jouant un rôle essentiel pour obtenir des informations sur les proches :

JUGE #2 : Maintenant les avocats, c'est leur rôle, et c'est bien, ramènent très régulièrement cet aspect de l'effet, l'effet ricochet, l'effet indirect de la peine sur la famille, et c'est un élément qu'on nous plaide souvent [...].

JUGE #3 : Et c'est le rôle d'un bon avocat de la défense, sans tomber dans le pathos ou le démagogisme, de nous expliquer : « Voilà les effets que pourrait avoir telle peine sur telle personne ».

JUGE #20 : Moi, je crois que quand on fixe la peine, on a un peu à l'esprit quand même avec l'expérience l'ensemble du contexte d'un dossier. Y a toujours un avocat qui va nous rappeler l'existence des proches et l'importance du prévenu pour sa famille, si ce n'est pas lui qui va le faire.

Pour beaucoup d'acteurs/trices, il reviendrait aux avocat-e-s de la défense d'amener à la connaissance des tribunaux les informations relatives aux proches, via des représentations sur la peine ou une citation à témoigner de proches¹⁴⁹. Les données montrent en effet que la préoccupation quant aux effets de la sanction n'est pas perçue comme englobée dans le rôle des juges : condamner à une peine n'impliquerait pas de

¹⁴⁹ Quant au témoignage des proches en lien avec la peine, voir la section 4.3.2.2.

facto de devoir s'intéresser aux conséquences concrètes qu'elle pourrait engendrer. Cette tâche relèverait du mandat des avocat-e-s de la défense ; les acteurs/trices *s'attendent* à ce qu'ils/elles leur fournissent les éléments importants à cet égard :

- **JUGE #15** : [...] on peut [...] interroger [les proches], mais la pratique, c'est que on donne la parole à l'avocat de la défense qui demande leur citation. [...]
- **Mais les informations elles viennent d'où, finalement ?**
- Elles pourraient venir de l'avocat de la défense, pour essayer [...] de nous sensibiliser à la problématique. Nous, on va pas les demander en tous cas.
- **Y a pas [...] entre guillemets d'« investigation » [sur les enfants] ?**
- Non, non, non, non, parce que nous, on est là pour juger l'individu, et non pas son lien avec ses enfants.

JUGE #9 : [...] les avocats de la défense vont faire témoigner des membres de la famille ou des proches.

JUGE #20 : [...] y a toujours un avocat qui va nous rappeler l'existence des proches et l'importance du prévenu pour sa famille [...].

JUGE #4 : Alors les témoins de moralité sont des témoins demandés par la défense. [...] Et on fait rarement venir des témoins de moralité de la part du Ministère public ou du Tribunal en soi.¹⁵⁰

JUGE #12 : [...] l'avocat peut faire en sorte que tout ce qu[e les accusés] ont pas dit spontanément soit dit dans un deuxième temps. Et c'est certain que [...] l'avocat va le plaider. [...] Il va dire « écoutez, sa situation familiale est vraiment terrible, on peut pas le retirer de sa famille, ils ont tous besoin de lui ». [...] je crois que l'avocat il est payé aussi pour nous fournir toute cette information qu'on ne va pas forcément chercher tout seuls ou à laquelle on n'aurait pas forcément pensé. C'est quand même un auxiliaire de la justice en quelque sorte. [...] [O]n peut attendre normalement de l'avocat qu'[il vienne] avec des informations vraiment utiles, y compris sur les proches.

Cette position d'attente face aux éléments amenés par la défense est intéressante à mettre en parallèle avec les constats de Lascoumes quant à la dépendance des juges relativement à d'autres acteurs et actrices du système pénal, rapportés ici par Kaminski :

[...] malgré son indépendance statutaire dans son traitement des dossiers qui lui sont déférés, le juge est strictement dépendant des acteurs qui interviennent

¹⁵⁰ Nous verrons dans la section 4.3.2.2 que l'expression « témoin de moralité » est utilisée par les juges en Suisse romande pour nommer les proches qui témoignent en lien avec la peine.

en amont de son office, dans l'alimentation en dossiers qu'il subit passivement (voir Lascoumes, 1985). (Kaminski, 2015, p. 84)

Si notre analyse ne porte pas sur les interactions entre les différentes phases de la procédure, nos observations tendent à montrer qu'en ce qui a trait aux informations relatives aux proches et aux effets possibles des peines sur eux, les participant-e-s se placent fréquemment dans une posture « passive », dans l'expectative que d'autres acteurs ou actrices les leurs fournissent. Cette observation peut être mise en relation avec le fait que rien dans les cadres légaux de la détermination de la peine n'*invite les juges* à se questionner sur les effets de leurs décisions. Quoiqu'il en soit, ce constat apparaît problématique, dans la mesure où c'est bien le/la juge qui a la responsabilité de déterminer la peine. Or, comment choisir des peines justes sans être en possession d'informations de qualité sur la situation personnelle de la personne condamnée ? L'aspect relationnel de la peine, infligée *par tribunal à une personne condamnée*, s'en trouve fortement compromis. Toutefois, cette position d'attente n'est pas partagée par toutes et tous : certain-e-s juges se décrivent plus proactif-ve-s et tentent d'en savoir plus sur la situation des proches :

JUGE #11 : On a quelques éléments de base. Et après suivant le dossier que j'ai entre les mains, c'est vrai que je vais interpellier la personne sur sa situation personnelle puis lui demander si je vois qu'elle a des enfants, quels sont les contacts qu'il a avec [eux,] [s'ils] sont réguliers, s'il est chargé de famille, s'il subvient aux besoins des enfants ou pas, etc. Donc j'ai déjà [des éléments] dans le dossier et après, moi, évidemment je peux encore poser des questions. Si je sais que cette présence d'enfants pourrait être un élément qu'on va prendre en compte au moment de fixer la peine.

JUGE #20 : [...] on peut [...] nous-mêmes d'office demander la production d'autres dossiers judiciaires, par exemple un dossier de protection de l'adulte [ou] de l'enfant, où on verra un petit peu la situation familiale, ou bien ils nous produiront des fois des dossiers de divorce, voir quels sont les enfants, la pension qu'il touche, etc. Donc on a toute une série d'informations sur la famille qui arrivent par ce biais-là aussi.

JUGE #3 : [Le portrait général de la situation] vient du dossier si le dossier est bien instruit. Et puis elle vient des questions qu'on pose sur la situation personnelle au moment de l'audience, si on fait correctement notre travail.

Si du point de vue des juges, l'accès à l'information sur les proches est intimement lié au rôle des avocat-e-s de la défense, ces dernier-e-s décrivent parfois une réception *négative* par les tribunaux des informations qu'ils/elles amènent relativement aux proches :

AVOCAT-E #3 : [...] tout ce que j'ai pu dire sur les proches dans ce contexte-là, je me suis fait interrompre neuf fois pendant ma plaidoirie par le tribunal. [...]. J'ai personnellement eu honte pour moi et à la fin de l'audience [...] j'ai quand même versé une larme. Neuf fois [le juge] m'a interrompu-e dans la plaidoirie à chaque fois que je parlais de la situation personnelle de [mon client]. [...] [E]n me disant que ce n'était pas pertinent ! Moi je m'offusquais en disant qu'apparemment, il préjugait. Et lui il ricanait avec les autres magistrats et avec les avocats de la partie [plaignante]. [...] [J]e n'étais pas du tout en train de raconter une histoire, je crois, qui sortait du contexte. Je parlais de la famille de ce monsieur, de ce qu'[il] supportait dans la vie, ses charges, [...] et des conséquences que cet enfermement va occasionner sur cette famille [...]. [...] En fait, à des moments je me dis que je vais arrêter de faire du pénal, parce qu'en fait, je ne sers à rien. Remplissons des formulaires et puis punkt schluss [...].

On peut voir ici l'empreinte d'une rationalité pénale qui tend à dépersonnaliser les individus (Dubber, 2006) : le sujet de la peine est appréhendé sans aucune considération pour son environnement social, et d'une manière qui ignore certains aspects fondamentaux de son existence (Norrie, 2014) ; le cynisme évoqué plus haut, voire le mépris, peut teinter la réception des informations relatives aux liens sociaux, et corollairement atteindre leur présentation par les avocat-e-s de la défense. Dans ce dernier extrait, la volonté de l'acteur/trice de mettre en lumière les effets concrètement envisagés de la peine sur les proches de son client, et les réalités *de la vie* de ces personnes, se heurte à une absence d'*écoute* de la part du tribunal, plaçant cet-te avocat-e de la défense dans une position vécue comme dégradante.

Ainsi, quoique certain-e-s juges expriment des attentes quant à la présentation de ces éléments en lien avec la peine par la défense, les données montrent que cette mise en lumière peut parfois s'avérer compliquée pour ces actrices et acteurs. Nous verrons ultérieurement que la visibilisation de l'existence des proches répond aussi, pour certain-e-s avocat-e-s de la défense, à un choix stratégique opéré en fonction des intérêts perçus du/de la cliente condamné-e¹⁵¹. Une fois de plus, la visibilisation des proches et des

¹⁵¹ Voir la section 4.3.2.2 sur les témoignages des proches en lien avec le choix de la peine.

risques que la peine est susceptible d'impliquer pour ces derniers s'avère fortement contingente : les avocat-e-s de la défense représentent ainsi un canal d'information parmi d'autres, un canal qui peut s'avérer ouvert, mais également filtrant, verrouillé.

Notons que quelques juges rapportent le fait que ponctuellement, les procureur-e-s de la poursuite recueillent des informations sur la situation de la personne condamnée en lien avec le choix de la peine¹⁵² :

JUGE #4 : Le Ministère public pose des questions sur la situation personnelle du prévenu [au moment de fixer la peine].

JUGE #3 : [...] [le] procureur [...] tient compte dans ses réquisitions [du portrait global], s'il fait correctement son travail... suivant son degré de sensibilité, donc ça vient déjà aussi de l'accusation qui est pas censée demander [...] n'importe quoi au niveau de la proposition de peine.

4.2.3 La visibilité contingente des proches

Pour conclure cette section sur les informations relatives aux proches, et sur leurs sources, deux éléments d'importance ressortent de l'analyse. D'abord, les juges ont la possibilité d'obtenir des informations sur les proches de deux manières : soit elles arrivent à leur connaissance par le biais du dossier qui est entre leurs mains, et qui a été constitué tout au long de la procédure pénale ; ce sont alors des informations écrites. Soit elles leur sont présentées durant les audiences ; ce sont alors des informations orales.

Dans le premier cas – l'accès à l'information écrite –, les données montrent que les informations relatives aux proches proviennent de sources disparates : tantôt issues du premier interrogatoire de police (et fournies alors par la personne prévenue), tantôt présentes dans le rapport présentenciel (et fournies alors par un-e agent-e de probation), tantôt figurant dans les rapports des institutions carcérales, leur présence dans les dossiers en possession des juges apparait fortement aléatoire. Elle semble notamment

¹⁵² À ce propos, voir l'article 161 Cpp intitulé *Examen de la situation personnelle dans le cadre de la procédure préliminaire* : « Le ministère public n'interroge le prévenu sur sa situation personnelle que lorsqu'un acte d'accusation ou une ordonnance pénale sont prévisibles ou si cela est nécessaire pour d'autres motifs. »

tributaire des choix opérés par d'autres acteurs/trices au cours de la procédure, de leur sensibilité et de la nature du dossier.

Dans le second cas – l'accès à l'information orale, durant les audiences –, ce sont souvent les avocat-e-s de la défense qui visibilisent l'existence des proches ; parfois, elle est évoquée par la personne condamnée, et à l'occasion, certains juges s'enquière de leur situation. Ceux/celles-ci n'ont manifestement pas *accès de manière systématique* aux informations essentielles relatives aux proches, et composent avec un portrait extrêmement partiel des proches de la personne condamnée. Elles arrivent à la connaissance des juges par de nombreux canaux différents, et dans leurs perceptions, des doutes planent quant à la fiabilité et à la « totalité » des certaines informations reçues :

JUGE #3 : La personne qu'on condamne, on a une vague idée sur sa situation personnelle. On sait donc, évidemment pas tous les jours avec beaucoup de moyens pour tout vérifier, ni beaucoup de temps, mais on sait quand même son âge, sa situation familiale, sa situation professionnelle, [...] enfin on est censés voir [...] où elle en est dans son parcours de vie [...].

On l'observe dans ces propos : les acteurs/trices *devraient être en mesure de voir* la situation liée à la famille, mais la voient-ils réellement ? La « volonté de voir » (Garcia, 2020) apparaît fragile, et affectée par des facteurs liés aux ressources humaines et temporelles disponibles et dédiées à l'étude d'un dossier pénal ; encore dans le prochain extrait, on « espère » avoir su, vu les drames qui pourraient découler d'une décision pénale :

JUGE #16 : [...] j'ose espérer qu'on me l'a dénoncé [quand les enfants risquaient d'être seuls]. Il y a les avocats quand même, là-dedans. Il y a... des agents de probation. Je veux dire... la lumière nous descend pas du plafond du palais de justice la journée de la sentence pour tout connaître, puis tout savoir... si on a aucune information, est-ce que ça se peut que quelqu'un l'ait échappé ? Moi, je le sais même pas. Si je l'ai échappé, ça se peut. J'ai aucune idée.

On lit ici une inquiétude de l'acteur/trice, et un sentiment d'ignorance, face à l'accès à certaines informations cruciales, qui pourraient ne pas avoir été portée à sa connaissance en lien avec l'infliction d'une peine.

Ainsi, notre étude empirique a permis de montrer que dans le contexte de la détermination de la peine, l'accès aux informations relatives aux proches apparaît contingente et informelle. Si le spectre des sources *possibles* d'informations est relativement large, les juges décrivent parfois une absence complète d'éléments relatifs à l'existence des proches. On retrouve derrière ce constat le caractère atomiste de la peine, décrit par Pires (2001b) : les liens sociaux de la personne condamnée sont accessoires – on le voit dans la contingence qui caractérise l'accès à la connaissance quant à ces liens.

Or, le système qui met de côté les liens sociaux d'une personne limite sa capacité à *voir* l'humanité de la personne condamnée, et à reconnaître les implications des choix opérés dans le cadre de l'intervention pénale pour celle-ci, tout comme pour son entourage. Pour observer ce problème, on peut s'appuyer sur les constats posés par Christie (1986) et Sylvestre (2010) eu égard au droit criminel moderne : celui-ci dépouille les individus de leur tissu social et réduit leur humanité en les classant dans des catégories simplistes. Christie remarque :

We can [...] observe how the courts in their concrete work invest an abundance of energy looking into the individual offender and his or her personality compared to the energy used in looking into her or his social system. Biology, psychiatry and psychology are seen as more "natural" assistants to the penal courts than sociologists. Individuals are more easily classified in categories suited for the penal courts, they are more natural targets for this simplified form of blame and pain than are social systems. (1986, p. 97, nous soulignons)

Il serait donc plus facile de blâmer les individus sans prendre en compte les relations sociales qui les constituent. En se fondant sur les travaux de Christie, Sylvestre souligne la distance sociale posée entre les infracteurs/trices – décrits comme des « monstres », ou des « ennemis de la société » pour reprendre l'expression de Pires (2008a) –, et les acteurs/trices pénaux/les qui prennent des décisions à leur égard. Cette distance crée une incapacité à voir la personne pour ce qu'elle est réellement, et à prendre en compte la « totalité » de sa situation :

The capacity – or rather the incapacity – to make sense of an individual and of where she comes from is thus at play here. In familiar settings, we can usually rely on a series of experiences, knowledge, and feelings to formulate an opinion about an individual, as well as her merits and her capacity to be loved and to

suffer. In contrast, with the monster, we are unable to make sense of that “totality of knowledge” and experience to which Christie refers. [...] For Christie, “[s]ocial distance ... increases the tendency to give certain acts the meaning of being crimes, and the persons the simplified meaning of being criminals.” Lack of identification with and knowledge about others also makes repression seem all more reasonable. It ultimately allows us to evade responsibility [...]. (Sylvestre, 2010, p. 797)

Ainsi, la personne qui fait face à la justice pénale se voit dépouillée de son tissu social à travers le caractère *atomiste* des théories de la peine, mais on lui retire également son humanité. Cette incapacité à *faire sens de l’individu*, comme le dit Sylvestre, apparaît indissociable de la conception globale de l’être humain qui gouverne le droit criminel moderne, qui s’avère fondamentalement *abstraite* et *hostile*. Or, ce modèle de justice abstraite produit, pour Pires, un « effet d’aveuglement [...] et [d]es conséquences humaines désastreuses » (2001a, p. 158) ; on l’observe dans les données empiriques : les acteurs et actrices condamnent parfois *sans avoir une vision complète de la situation*.

Or, bénéficier d’une meilleure visibilité sur la « totalité de la situation », et d’une *systématicité* dans la collecte des informations quant aux possibles effets d’une peine sur l’entourage d’une personne condamnée, pourrait induire des changements majeurs dans la manière de fixer une peine « juste », qui soit plus sensible à ses implications concrètes et souvent désastreuses, pour reprendre les mots de Pires.

Nos observations pointent ensuite vers une *absence de responsabilité systémique* face à la collecte d’informations relative à la situation des proches : dans les perceptions des juges, la présentation d’informations relatives aux proches est essentiellement attachée au rôle des avocat-e-s de la défense. Souvent, les actrices et acteurs *comptent sur eux/elles* pour les mettre en lumière. Si les juges ont des attentes à l’égard du système quant à l’accès à l’information sur les proches, celui-ci n’organise pas un accès à l’information permettant de *visibiliser* les proches et des effets que l’intervention pénale peut exercer sur eux : les données montrent que dans le contexte de la détermination de la peine, cette visibilité n’est pas donnée ; elle ne va pas de soi.

Malgré les nombreuses difficultés rencontrées par les proches des personnes condamnées¹⁵³, le système ne problématise par ces effets dans le contexte de la détermination la peine. Il laisse leur visibilité au hasard du déroulement d'une procédure pénale et ne propose aucun mécanisme pour favoriser la visibilité des potentiels effets de son action. Or, face à une absence de dispositions légales et à une tradition d'invisibilité systémique, la prise en considération des implications concrètes de l'intervention pénale pour les proches apparaît indissociable d'un effort proactif, collectif et collaboratif de l'ensemble des acteurs/trices du système, tout comme d'une systématisation, par le système, de l'accès à l'information relative aux proches.

En réfléchissant aux contours d'une éthique constructiviste de droit de la société, qui permettrait de « mieux adapter le droit à la complexité des cas qu'il traite » (2020, p. 658), Garcia a dressé les contours d'une « éthique de la perception » :

[l]'éthique de la perception se trouve caractérisée par une « volonté de voir », [notamment voir] [...] ce qui est devant le décideur, mais aussi et peut-être surtout [...] ce qui est peut-être absent du procès tout en étant présent pour les parties, ce qui est à peine émergent, ce qui n'est pas encore là, ce qui est ignoré, finalement, des choses importantes qui dépassent la dimension du « déjà-su », « déjà-vu » et « déjà-fait » du droit. (Garcia, 2020, p. 660)

Associée à nos résultats de recherche, cette éthique nous pousse à montrer comment le droit *invisibilise les effets de son action* en matière pénale, en les ignorant, en les mettant à l'écart de ses communications. Or, malgré cette absence, les proches sont pourtant bien « présents pour les parties » pour reprendre les mots de Garcia. Dans la prochaine section, au-delà des informations factuelles sur l'existence d'une conjointe ou l'âge d'un enfant dont disposent parfois les juges, nous allons nous intéresser à l'existence des proches dans sa dimension phénoménologique : comment les proches existent-ils dans l'expérience concrète des actrices et acteurs interviewé-e-s ?

¹⁵³ Voir la section 1.1.3.2.

4.3 Les proches des personnes condamnées : les expériences des juges

La littérature a constaté l'*invisibilité* sociale, médiatique et politique des proches, nous l'avons vu précédemment¹⁵⁴. Dans le contexte spécifique de la détermination de la peine, l'invisibilité des proches des personnes condamnées se manifeste également d'un point de vue juridique : la loi, que cela soit en Suisse ou au Canada, ne leur offre presque aucune visibilité dans ce contexte¹⁵⁵. Enfin, la section précédente mis en évidence une visibilité contingente et limitée des informations relatives à leur existence.

Considérant cela, il nous est apparu indispensable d'observer si leur invisibilité se prolongeait dans l'expérience des juges : les proches *existent-ils* pour les juges dans leur activité professionnelle quotidienne, au-delà des informations disponibles (et disparates) dont nous avons fait état dans la partie précédente ? Le cas échéant, comment se matérialise cette existence et comment les juges décrivent-ils/elles leurs expériences, leurs rencontres avec ces personnes ?¹⁵⁶ La portion d'analyse qui suit viendra interroger la manière dont les proches apparaissaient dans le champ de vision des tribunaux pénaux, ces « moments de visibilité » étant susceptibles de représenter des opportunités d'apprendre sur leur existence, sur leur situation concrète.

L'analyse du matériel empirique témoigne des multiples facettes que peuvent prendre les expériences des juges en lien avec les proches. Nous les présenterons par le biais de deux catégories d'expérience, ressorties de l'analyse des données : les expériences à *distance* (4.3.1) et les expériences *en présence* (4.3.2)¹⁵⁷.

Avant de décrire ces catégories, précisons que plusieurs juges ont évoqué des expériences rattachées à différentes étapes de la procédure pénale, et non uniquement

¹⁵⁴ Voir la section 1.1.3. Voir également Ricordeau : « [I]es formes d'invisibilité des proches sont nombreuses. On l'observe dans la recherche [...]. Les proches des personnes détenues sont également largement ignorées par les politiques publiques. » (2019b, p. 121).

¹⁵⁵ Voir la section 1.3.3.

¹⁵⁶ Précisions que nous nous pencherons sur les rationalités de prise en considération des effets de la peine sur les proches dans le chapitre 6.

¹⁵⁷ Ces catégories ont été inspirées par le vocabulaire induit et créé durant la pandémie, période où la distinction « en présence » VS « à distance » était omniprésente dans les discours quotidiens.

en lien avec le moment de la détermination de la peine. Nous avons fait le choix de les présenter toutes ensemble, dans la mesure où il aurait été impossible de distinguer, pour chaque situation décrite, si l'expérience s'est produite au moment spécifique de la détermination de la peine, ou bien en amont. Souvent, les moments où les expériences ont été vécues s'entremêlent dans les propos recueillis. À titre d'exemple, les expériences liées à la présence de proches dans les salles d'audience ont parfois été vécues tant au moment du procès que de l'audience relative à la peine. Nous parlerons donc dans cette section des proches des personnes *condamnées*, mais également des proches des personnes *accusées* ; pour ne pas alourdir le texte, nous emploierons l'expression *personnes jugées* pour évoquer tant les personnes condamnées que les personnes accusées.

4.3.1 Les expériences à *distance*

Les expériences décrites par les juges peuvent être caractérisées par l'existence d'une *distance* établie entre l'acteur/trice et les proches. Cette distance se matérialise de trois manières dans les données : une *absence d'expérience* avec des proches, une *distance temporelle* dans l'expérience vécue – c'est-à-dire des expériences vécues avant d'occuper la fonction de juge –, et une *distance physique* dans l'expérience vécue. Nous décrirons successivement ces trois types d'expérience.

D'abord, pour certain-e-s juges, les contacts (même uniquement visuels) avec des proches sont décrits comme inexistants, ou presque. Les proches se caractérisent alors par une invisibilité *physique* dans le cadre de la procédure pénale :

- **JUGE #10 : [...] comme juge, est-ce que [les proches] ce sont des personnes qui sont visibles pour vous, qui sont présentes dans les procédures ? Est-ce que vous avez des interactions ?**
- Alors non. Non. Là, je pense qu'on peut répondre assez clairement non.

JUGE #9 : C'est assez rare quand même que les familles des délinquants sont présentes. C'est quelque chose moi qui m'a toujours fasciné-e [...]. [C]e qui m'a toujours frappé-e [...] c'est la grande solitude des accusés, parce que de façon générale, je vous dirais 95 % des accusés qui font face à la justice sont seuls. Ils sont seuls au stade de la comparution, [...] au stade du procès, [...] au stade de la détermination de la peine. Tous les jours on impose des peines à des

jeunes de 20-22 [...] ans. [...] Il y a à peu près jamais de parents [...] qui soutiennent leur jeune dans cette situation-là, c'est très rare, très, très rare.

Dans ce dernier extrait, l'absence des proches durant l'audience est mise en relation avec la solitude des personnes jugées et l'absence de soutien. Cette idée revient fréquemment :

JUGE #2 : Alors de temps en temps il y a en a un où on voit apparaître un réseau familial parce qu'il y a les parents [...] qui demandent des visites, mais vous savez, c'est extrêmement préoccupant. Vous avez des gens qui sont détenus pendant des mois [...] qui reçoivent pas de visite. Y a personne qui vient les voir ! [...] [J]e le répète, [...] y a beaucoup de proches qui ne sont pas là. Dont on ignore qui ils sont, où ils sont, c'est une triste réalité du monde judiciaire.

JUGE #5 : Quand on est sur le banc, les proches de l'accusé on les voit très peu. Les proches sont pas là. Et souvent, souvent en droit criminel, les gens qu'on voit ils ont justement pas eu beaucoup de proches pour les guider. Alors des fois, c'est très triste... [...] [I]ls sont souvent seuls au monde quand ils sont dans une salle d'audience pour faire face à ce qu'il y a de plus grave, là. [...]. [S]ouvent, il y a personne à part leur avocat qui assiste au procès.

Ces propos peuvent être mis en relation avec la conception de Paugam (2013) eu égard aux « liens sociaux »¹⁵⁸, quant à leur dimension de protection : ne pas avoir de proches présents au tribunal lors du procès ou de la détermination de la peine, c'est ne pas disposer de *supports*, pouvant être mobilisés face aux aléas de la vie. Les personnes jugées qui se retrouvent seules face au juge ne pourraient alors « compter sur » personne. Les acteurs/trices évoquant une absence complète d'expérience en lien avec des proches sont toutefois peu nombreux/ses. De plus, l'absence de proches est parfois produite par les acteurs/trices :

- **JUGE #12** : [...] le plus souvent dans les procédures dont je m'occupe, on voit pas la femme, on voit pas les enfants, on voit pas les amis les plus proches. Si on a des témoins c'est plutôt des victimes [...]. [...].
- **Donc c'est rare dans votre pratique que vous rencontriez ces gens ?**
- Très très rare oui. [...] Et puis même quand ils disent « j'aimerais bien que [...] vous entendiez ma femme », je dis « oui mais c'est à quel propos ? » « Pour vous dire à quel point je travaille bien puis je suis une bonne personne » etc. Bon, je dis « OK mais on a déjà un ou deux témoins

¹⁵⁸ Voir la section 1.2.1.

de moralité, on n'a pas besoin de trente-six.[...]. [...] [O]n voit pas toujours l'utilité de faire venir des proches.

Ici, entendre les proches, les voir, les rencontrer reviendrait parfois à une perte de temps : leur utilité dans le cadre de la détermination de la peine serait très limitée ; encore là, *voir* les possibles effets d'une sanction n'est pas valorisé par le système.

Outre cela, plusieurs juges ont évoqué des expériences « antérieures » avec des proches. Ce terme réfère ici à une période où ils/elles n'occupaient pas encore cette fonction. Avant d'être juges, ces professionnel-le-s ont été procureur-e de la poursuite, juges d'instruction ou avocat-e de la défense. Plusieurs participant-e-s relatent alors des expériences marquantes avec des proches dans le cadre de ces précédentes fonctions professionnelles. Alors qu'elles ne se situent pas nécessairement dans le contexte de la détermination de la peine, il demeure pertinent d'en faire état : ces expériences ont contribué à façonner la manière dont ces acteurs/trices se représentent les proches de personnes condamnées. Voilà des extraits qui témoignent de ces expériences antérieures vécues au contact de proches des personnes jugées :

JUGE #18 : Alors mon quotidien [comme avocat-e] était vraiment d'être à la cour puis aussi d'être en prison [rire]. Parce que beaucoup de mes clients étaient détenus [...]. Ce qui m'a amené-e aussi à avoir des contacts assez rapprochés avec les familles des accusés. [...] j'ai quand même connu plusieurs personnes qui étaient vraiment... femme, père, mère, enfant des accusés.

Cet-te autre juge a été marqué-e par le courage de certains proches rencontrés dans sa fonction d'avocat-e de la défense :

JUGE #5 : [...] j'ai représenté quelqu'un [...]. Et sa fille, moi, elle m'a frappé-e comme étant quelqu'un d'extraordinaire. [...] Puis il a été condamné à une peine de pénitencier. Puis [...] [e]lle allait voir son père. Puis elle dit : « Moi, je suis pas d'accord avec ce que mon père a fait, je l'accepte pas, mais ça reste mon père ! » Et j'avais trouvé que de sa part c'était vraiment un acte de courage. [...] Elle m'a beaucoup, beaucoup, beaucoup impressionnée, cette femme-là.

Dans ces extraits, la distance qui caractérise l'expérience vécue au contact des proches était donc temporelle ; voyons maintenant les expériences où cette distance était plutôt d'ordre physique. D'abord, les données montrent que durant une procédure pénale,

même si les juges ne rencontrent pas souvent les proches, ils/elles vont de forger une idée des relations sociales de la personnes accusé-e-s à partir du contrôle de la correspondance effectué par leurs soins durant la détention provisoire, le cas échéant :

- **JUGE #11 :** [...] vous avez parlé des parents [des personnes condamnées]. [...]. [...] [C]'est des personnes que parfois vous rencontrez dans le cadre de votre pratique ?
- Alors pas moi personnellement, je vais pas rencontrer ces personnes, mais si la personne est incarcérée [...] le courrier qui entre pour la personne qui est en attente d'un jugement est contrôlé par moi, par [le/la] juge. [...] Il y a des demandes aussi de téléphone, [...] de visite [...]. Parce que voilà, c'est la loi qui le prévoit. Donc on voit très bien la personne prévenue en détention qui a un soutien familial, et par contre d'autres qui malheureusement se retrouvent un peu seuls, esseulés suite à leur incarcération.

Au-delà du portrait des relations sociales de la personne qui est détenue en attente de son jugement, alimenté par le contrôle de sa correspondance, une autre expérience caractérisée par la distance physique est apparue dans les données. Plusieurs juges ont relaté recevoir des correspondances écrites de la part de proches, cela à différentes phases de la procédure pénale :

JUGE #2 : [...] surtout dans mon expérience dans l'instruction au parquet et au Ministère public, ça m'est arrivé de recevoir des courriers essentiellement de parents, mais aussi de conjoints, qui nous écrivent, je pense [que c'est] la seule manière pour eux de se manifester, pour nous faire part de leurs préoccupations [...]. Souvent ils parlent plus de leur inquiétude par rapport à la personne que de leur propre situation. C'est avec pudeur hein aussi [...]. (nous soulignons)

La pudeur des proches évoquée dans cet extrait est importante à relever : évoquer des sentiments, des difficultés, des peurs devant un tribunal n'a rien d'évident et peu fragiliser les proches, ce qui peut limiter les informations disponibles pour les acteurs/trices qui déterminent la peine¹⁵⁹. On peut faire un parallèle avec les constats de Touraut (2013), qui remarque que les proches qui correspondent avec un être cher incarcéré, sachant leurs courriers contrôlés par l'institution carcérale, font alors preuve de pudeur et de retenue dans leurs échanges. Cette pudeur peut également être celle des personnes condamnées, qui éprouvent de la honte et veulent épargner leurs proches en passant

¹⁵⁹ Nous approfondirons la question du témoignage des proches dans la section 4.3.2.2.

sous silence leur existence. Ainsi, la prise en considération des effets de la peine sur les proches implique également des obstacles émotionnels ; malgré les apparences, les personnes condamnées *ont un réseau social et des proches*, qui sont susceptibles d'être atteints par la peine.

La pudeur peut également se trouver du côté des acteurs/trices judiciaires : faire preuve d'écoute et se préoccuper du sort des proches est perçu avec crainte, parce que ces attentions pourraient mettre à mal leur rôle en tant que juge :

JUGE #11 : [...] ça peut arriver aussi qu'un membre de la famille nous écrive directement [...]. [...] Mais [on] a toujours ces deux principes qu'on doit absolument respecter en tant que juge, qui est l'indépendance et l'impartialité. Donc suivant les écrits, on va pas réagir, pour pas mettre ces deux principes-là en péril. [...] [O]n peut accuser réception, mais souvent ça va s'arrêter là pour quand même laisser la distance nécessaire et montrer qu'on reste indépendant et impartial dans la procédure.

Ici, l'écoute des proches est perçue comme une potentielle menace à l'indépendance judiciaire, et la distance physique avec les proches se double d'une distance liée aux obligations professionnelles du/de la juge ; celles-ci obligeraient à ne pas réagir face aux proches, à s'en tenir cognitivement éloigné, à ne pas y accorder trop d'importance¹⁶⁰ :

- **JUGE #12** : [...] [les proches] écrivent des fois des lettres. Alors oui, ça oui, ils envoient des lettres. Qu'on est libre d'accepter ou pas. Mais c'est de l'information sur leur proche, le prévenu. Ils viennent nous dire à quel point le prévenu leur manque. On va verser ça au dossier. C'est pas... Ouais.
- **Donc, parfois, [...] vous avez ce contact... via...**
- [...] S'il y a un contact, c'est surtout par écrit.

JUGE #15 : Après, il arrive que les proches écrivent aussi au tribunal. [...] Soit s'ils ne peuvent pas venir au procès, ou même s'ils peuvent venir et ils écrivent et puis... Alors on leur répond d'habitude pas, enfin c'est pour exprimer des choses, mais ça fait partie du dossier, après.

¹⁶⁰ Dans ce sens-là, nous verrons que la prise en compte des effets de la peine sur les proches est souvent perçue comme représentant un « risque » pour le système, ce qui fait obstacle à une considération substantielle de ces effets. Cet aspect sera présenté de manière approfondie dans la section 6.2.3.

Un-e juge relate une situation où un proche l’a directement contacté-e afin de venir en aide au prévenu :

JUGE #2 : J’ai une situation marquante [...]. C’était une maman qui m’a écrit [...]. Elle avait un fils qui avait des problèmes psychiatriques. [...] [l]l allait vraiment très mal. [...] Il avait fait une bêtise, qui était pas forcément un truc très grave, mais elle a écrit pour appeler au secours.

Dans ces différents extraits, on remarque que lorsque les proches communiquent avec les juges par écrit, ils ne parlent généralement pas d’eux ; ils se placent eux-mêmes dans une position *éloignée* des juges.

Nous décrirons maintenant les expériences des juges caractérisées par la présence physique des proches des personnes jugées dans la salle d’audience, que nous nommerons les « expérience en présence ». Pour un petit nombre de juges, leur présence au tribunal est décrite comme rare :

JUGE #2 : [...] c’est vrai que c’est assez rare, proportionnellement les cas dans lesquels la famille est présente et se manifeste, c’est assez rare.

De nombreuses personnes interviewées émettent toutefois le point de vue contraire, comme nous le verrons dans la section qui suit. Il est permis de s’interroger sur les raisons de cette différence ; certes, le type de dossier et le type d’instance peuvent jouer un rôle. Une des personnes rencontrées estimait par exemple que dans les dossiers de criminalité économique en particulier, les proches n’étaient largement pas présents. Pour une autre, c’était la nature particulièrement difficile des dossiers qu’elle traitait qui expliquait l’absence des proches, évoquant les homicides ; parfois la compétence d’appel d’un tribunal est également avancée pour expliquer l’absence de proches. Les données ne permettent néanmoins pas de trancher une ligne précise quant à savoir quels facteurs permettraient de distinguer les dossiers et les types d’instances où les proches seraient plus présents physiquement durant les audiences – ou simplement plus visibles –, et les autres.

4.3.2 Les expériences *en présence* : les proches au tribunal

Les expériences de rencontre avec les proches *en présence* sont nombreuses dans le matériel empirique. Amplement détaillées par celles et ceux qui les relate, elles interviennent essentiellement dans les salles d'audience. Ces expériences prennent plusieurs visages, allant de la simple présence au tribunal (les proches *spectateurs*, 4.3.2.1) jusqu'aux témoignages des proches (les proches *informateurs*, 4.3.2.2), relativement aux faits de la cause – lors du procès –, ou relativement à la peine – après la reddition du verdict de culpabilité. Nous les détaillerons maintenant, en distinguant ces deux catégories.

4.3.2.1 Les proches *spectateurs*

L'analyse du matériel empirique montre que la présence des proches au tribunal est décrite comme relativement courante dans leur activité par plusieurs juges :

JUGE #11 : Alors au moment du jugement, [...] comme les procédures sont [en principe] publiques, [...] c'est vrai qu'on voit très souvent les proches qui viennent assister, pas toujours... Des fois ils veulent pas venir, mais quand même assez régulièrement les proches sont présents.

JUGE #20 : Parfois on a aussi dans la salle d'audience Madame et les enfants qui sont là, toute la famille est là pour soutenir Monsieur ou Madame [...].

- **JUGE #4** : [...] c'est quelque chose qui arrive quand même relativement fréquemment, que les proches soient présents ?
- Oui, pour les grosses affaires. Cela peut arriver, effectivement. Ouais.

Un avocat-e confirme cela dans son expérience avec les proches de ses client-e-s :

- **AVOCAT-E #5** : À la Cour là, je vous dirais que la majorité de mes clients sont accompagnés. [...] Les gens ne viennent pas seuls, surtout aux étapes importantes comme le règlement du dossier, ou comme le procès. [...]
- **Pour la peine aussi ?**
- Oh oui, absolument ! Absolument [...].

Ainsi, les proches sont souvent visibles physiquement au tribunal et leur présence est constatée par les acteurs et actrices, sans pour autant que cela implique un échange avec le/la juge qui siège :

JUGE #11 : [...] on n'a pas d'interaction directement avec [les proches], à moins qu'ils soient cités comme témoin. Mais dans ces cas-là, ils ont je dirais une autre qualité pour moi en tant que juge [...]. Mais sinon j'ai pas de contact moi, au moment du jugement, avec les proches d'une personne qui serait sur le banc des accusés.

Même s'ils ne s'expriment pas dans le cadre de l'audience, les proches sont néanmoins observés par les juges :

JUGE #4 : [...] [P]arfois les proches sont spectateurs, et on voit leurs réactions. Donc ça n'est pas quelque chose d'officiel, mais on peut voir la réaction à ce moment-là. [silence] (nous soulignons)

Si les effets de la peine ne sont pas « officiellement » visibilisés, les acteurs et actrices en prennent parfois conscience en observant les proches. Leur présence ouvre des questionnements pour les juges ; il règne un flou quant à savoir qui sont ces personnes, et quelle relation les unit à la personne accusée ou condamnée. Certain-e-s juges tentent alors de deviner qui sont les personnes présentes dans la salle d'audience, notamment en observant leur placement dans la pièce ou leurs caractéristiques physiques ; ils/elles vont alors *supposer* que telle ou telle personne est proche de la personne jugée :

JUGE #5 : [...] il y a [des personnes jugées dont] les proches sont là [, ils] les soutiennent. On sait que ce sont des proches à cause de l'endroit où ils s'assoient dans la salle d'audience. Ou si on voit l'avocat de la défense aller parler à quelqu'un qui est manifestement pas un avocat. Ou on voit une dame qui a l'âge d'être la conjointe de l'accusé. [...] Ou qui est de la même race que l'accusé [...]. C'est comme ça. Parce qu'on nous dit pas nous qui est dans une salle d'audience. On le sait pas. (nous soulignons)

Face à l'absence de mécanisme formel de visibilisation des proches, les juges *imaginent* :

- **JUGE #18** : [...] **vous voyez parfois les proches au moment du procès ?**
- On les voit dans la salle souvent. [...] [S]ouvent, d'un côté on voit que c'est les proches de la victime et de l'autre côté c'est les proches de l'accusé.

[...] Puis il y a des fois, bien ils sont devant nous. C'est qui ? C'est matante, c'est mononcle [...].

- **C'est quelque chose qui se dit ? Vous êtes au courant de qui est qui ?**
- Non mais... nous on voit dans la salle ce qui se passe. Puis forcément quand tu vois souvent les mêmes visages, [...] tu sais que c'est pas des journalistes. [...] Parfois c'est des petites choses. [...] Ils rentrent avec les procureurs de la Couronne ou ils parlent avec un procureur de la défense. [...] On connaît pas le statut précis, mais on sait que c'est des gens qui sont liés soit avec l'un, soit avec l'autre. [...] Les gens ont beaucoup de respect pour le décorum et se manifestent pas. [...] Mais parfois on est en mesure de savoir, sans le demander, d'avoir une impression. Est-ce qu'elle est bonne ou pas ? Je le sais pas. (nous soulignons)

On voit ici que malgré leur présence physique, les proches souffrent d'une forme d'invisibilité, d'une absence d'échanges, de réelle rencontre avec le/la juge, qui ne *demande pas* qui sont les personnes présentes. Les proches apparaissent dans le champ de vision des acteurs/trices, mais leur identité demeure inconnue. Ils semblent former une masse floue, abstraite, dont les contours sont incertains et dont la seule délimitation émane des déductions tirées par le/la juge depuis le banc. On lit par ailleurs la volonté d'identifier les relations qui unissent les personnes présentes à la personne condamnée. Un-e avocat-e de la défense décrit l'ignorance des juges quant à l'identité des proches présents, et dit tenter d'y remédier dans sa pratique :

AVOCAT-E #5 : [J]e vois au quotidien dans les salles de Cour des accompagnateurs, [...]. Moi je mentionne systématiquement [leur] présence au juge parce que je pense que c'est important de le faire, parce que la personne est là ! Elle est dans la salle de Cour. Elle vient de vivre potentiellement un traumatisme. Elle vient, elle accompagne, elle vit le stress, elle le partage, puis elle est là. Puis... nobody cares. Personne là... personne en parle. Moi je pense qu'il faut en parler... Moi je pense qu'on devrait se le dire. On devrait nous l'apprendre. Tsé, à l'école, ça devrait... [rires] faire partie [...] C'est pas un tiers non intéressé. C'est pas un détail. Donc moi [...] je le dis systématiquement : « mon client est accompagné de sa conjointe, madame Unetelle. Elle est dans la salle à votre gauche ». [...] Comme ça tout le monde sait c'est qui cette personne-là... and the judge will acknowledge her. Il ou elle va dire « bonjour madame, merci d'être là ». Puis là j'ose espérer que ça peut aider un peu. C'est comme si tu surlignes l'importance de sa présence, tu dis « tu existes à part entière, tu es là, tu fais partie de cette mésaventure-là », puis on te reconnaît. (nous soulignons)

Pour cet-te acteur/trice, il s'agit de rendre plus concrète la vie des proches, de les faire littéralement *exister* dans la salle de cour, en communiquant avec le/la juge à l'égard de

leur identité : reconnaître *ad minima* leur présence physique, comme un geste de respect à l'égard de ce qu'ils peuvent vivre en lien avec la situation qui se joue. Ces propos font écho à ceux des juges quant au rôle des avocat-e-s de la défense relativement aux informations sur les proches : sans leur intervention, la présence d'un proche dans une salle d'audience peut être complètement passée sous silence. Pour reprendre les mots de l'acteur/trice, il ne s'agit pas « d'un détail », et pourtant, « nobody cares ». Le système ne favorise aucunement la reconnaissance des tiers qui seront affectés par son intervention. Le point de vue de cet-te acteur/trice illustre bien l'apport que peut représenter une éthique de la perception¹⁶¹ (Garcia, 2020) pour mieux connecter le processus décisionnel avec ses effets potentiels : quoique les implications de la peine puissent être « absentes » pour la personne qui décide de la peine, elles sont présentes pour les proches, et pourraient être visibilisées par le droit à cette fin.

Parfois, il arrive que la présence de proches au tribunal soit vécue comme dérangeante par les juges, qu'elle crée un inconfort. Par exemple, la venue de jeunes enfants au tribunal peut créer une *perturbation* dans le processus :

JUGE #9 : [...] le jour où je l'ai déclaré coupable, il avait amené son fils de 8-9 ans [et] sa femme [...]. [...] [I]ls étaient les trois sur la première rangée en avant. L'avocat de la défense m'a demandé l'autorisation que son client reste avec sa famille lors du prononcé du verdict. Normalement il va dans le box des accusés. Alors je suis un peu mal à l'aise. Je me suis dit : « le petit gars il va voir son père dans le box des accusés avec des gardiens de prison à côté. Ça risque de le traumatiser. Bon OK c'est correct ». Fait que je lui donne l'autorisation de rester dans la salle. Moi je savais que je le déclarais coupable. Alors je rends le jugement, [...] ça a duré à peu près deux heures. Puis quand [...] je l'ai déclaré coupable bien la mère s'est mise à pleurer [...]. Le petit gars a regardé sa mère puis en voyant sa mère pleurer, il s'est mis à pleurer. Alors j'ai suspendu l'audience [...].

Si ces propos ne sont pas liés à la détermination de la peine mais à la reddition du verdict, l'extrait exprime des choses fondamentales à relever : ce-tte juge a pris une *décision* afin de prendre en compte l'existence d'un proche, en l'occurrence un jeune enfant, qu'il a souhaité préserver d'une vision dite « traumatisante ». Ici, on observe comment le système connecte avec les conséquences possibles et évitables de ses formes

¹⁶¹ Voir la page 197 où nous la décrivons.

d'intervention : la matérialité de la situation rend visible la responsabilité du droit d'éviter certains résultats dommageables pour des tiers. L'acteur/trice poursuit ensuite :

JUGE #9 : J'ai lu mon jugement. Il y avait une section sur la personnalité du délinquant [...]. Je me sentais vraiment mal parce que j'ai eu un 4-5 pages où je dépeignais le père [...] sous un très très mauvais jour [...]. Alors cette expérience-là, j'ai trouvé ça très très désagréable. [...] Dès que j'ai vu qu'il était dans la salle. J'ai tout fait pour le faire sortir, ça a pas fonctionné. J'étais mal à l'aise quand je lisais mon jugement puis... Moi je savais vers quoi je m'en allais, je savais qu'il y aurait pas des mots qu'un enfant devrait entendre à l'égard de son papa. Mais coudonc, il a fallu boire le calice jusqu'à la lie, puis ça a pas été un bon résultat.

On observe ici un malaise lié à la « négativité/punitivité » sur le plan communicationnel, avant même la détermination de la peine. À ce propos, nous l'avions évoqué précédemment, van de Kerchove avait noté dans ses écrits un glissement vers une « pénalité "immatérielle" où l'acte de punir se ramène à un pur acte de langage, consistant à réaffirmer la loi, à dire le crime, à désigner son auteur et à reconnaître publiquement le statut de la victime » (2005, p. 1). Cet extrait nous montre que ces remarques sont justes par rapport au moment d'*écrire* un jugement. Mais au moment de *lire* le jugement en présence de l'enfant de l'accusé, qui en subira les effets, les conséquences du droit deviennent alors matérielles, et regrettées. Comme le formulent Freitas et Garcia, ici, « [l]'humanité du juge rencontre l'humanité de la situation » (à paraître) : l'humanité des proches et de la personne accusée sont apparues ici en trois dimensions, et rendent l'acteur/trice « vraiment très mal » ; elles l'amènent, en quelque sorte, à se connecter avec sa propre humanité.

Ainsi, placé-e devant l'enfant, le/la juge prend conscience qu'il/elle a écrit un jugement dans lequel il/elle *dégrade* le père qu'il condamne ; écrire ces éléments dans le volet « abstrait » du droit n'était pas un problème. Mais dès lors que l'on « rencontre » l'autre, le proche, l'enfant, l'effet du droit se fait concret et le rappel des conséquences réelles de l'intervention apparaît : la situation vécue éveille la conscience chez l'acteur/trice que « la peine n'est pas que normative, elle est performative », comme nous le dit Bernard (2019, p. 501).

La métaphore utilisée par ce-tte juge, « il a fallu boire le calice jusqu'à la lie, puis ça a pas été un bon résultat », nous semble riche et pertinente pour penser notre thème et la question plus large d'un droit pénal qui demeure limité par une rationalité de souffrance et d'exclusion, et qui contraint les possibles en matière de détermination de la peine. Si on « voit » que le résultat n'est pas bon, doit-on absolument « boire le calice jusqu'à la lie » ? Les données indiquent que lorsque la concrétude des liens sociaux fait irruption dans le réel des acteurs/trices, comme c'est le cas dans cet exemple, une brèche s'ouvre et invite à se questionner : pourrait-on faire autrement ? Rappelons une chose essentielle ici : il ne s'agit pas d'une défaillance de celui ou celle qui juge. Ce problème est à mettre en relation avec la rationalité pénale moderne, qui voit encore le droit de punir comme une obligation de punir (Garcia, 2013), sans égard aux conséquences de l'intervention.

L'acteur/trice poursuit ensuite sur le moment pénal qui nous occupe plus particulièrement :

JUGE #9 : Lors de la détermination de la peine [...] [m]oi je savais que je l'envoyais au pénitencier, alors je dis à l'avocat de la défense : « la dernière fois [...] je m'étais exprimé assez clairement, je pensais pas que c'était une bonne idée que le petit bonhomme soit là ». Et là l'avocat m'a dit : « j'ai des instructions de mon client [...] d'insister pour que toute la famille soit là. Ils ont vécu ça en famille, c'est une famille unie puis c'est important que le petit gars sache ce qui se passe et il est assez vieux pour comprendre ». [...] [L]es audiences des tribunaux sont publiques et ça me prend un motif identifiable pour expulser quelqu'un d'une salle d'audience. [...] [I]l y a rien qui exige que les salles d'audience soient réservées aux majeurs. Un enfant qui vient dans une salle avec ses parents... Enfin j'avais pas de prise ou de poignée dans le Code criminel pour l'expulser alors j'essayais de lui faire comprendre que c'était pas une bonne idée, puis j'ai jamais été capable de réussir. (nous soulignons)

Dans ces propos, on voit que l'existence des proches s'est manifestée dans la salle de cour de manière *intrusive*, pour cet-te acteur/trice. La visibilité des *émotions* associée à la décision pénale le/la place dans une position d'embarras, et d'impuissance. Ce malaise nous semble à mettre en relation avec une prise de conscience des *effets concrets* de la peine, sur des *êtres humains*, qui sont habituellement, sur le plan cognitif, gommés par la dimension fondamentalement abstraite et désincarnée du droit criminel (voir Norrie, 2014) ; l'atomisme des théories de la peine joue également ce rôle, en écartant les liens

sociaux concrets dans la réflexion sur la peine (Pires, 2001b). Or, les données suggèrent que dans certaines situations, la *visibilité des proches* est susceptible de réveiller la conscience du droit par rapport aux effets de ses propres interventions.

Un malaise est également décrit par ce-tte juge, confronté-e à la présence de l'enfant de la personne prévenue :

JUGE #2 : [le prévenu] est arrivé à mon audience avec son gamin de sept ans. [...]. Il avait sorti son gamin de l'école pour l'amener comme la démonstration qu'il s'occupait bien de son fils. [...] Je suis désolé-e, [...] oui il avait une bonne relation avec son fils mais elle est quand même très malsaine, cette relation [...]. [...] [C]'est très ambigu cette notion de relation avec les enfants, ça peut vraiment jouer dans tous les sens.

Ici la présence de l'enfant est appréhendée comme l'indicateur d'une relation familiale inadéquate. Elle est décrite comme mal vécue, parce qu'elle est perçue comme une instrumentalisation de l'enfant, mue par une volonté d'influer sur l'issue du processus décisionnel¹⁶². Un-e autre décrit la difficulté d'être confrontés aux émotions des proches :

JUGE #14 : [...] y a aussi la personne en face de vous qui peut manifester... elle peut demander la pitié, elle peut pleurer, elle peut... ça, il y a des gens qui manifestent leurs sentiments dans une salle d'audience. Voilà, c'est difficile hein. Quand la décision de... pas de détruire une famille, mais en tout cas de la mettre dans une situation très très inconfortable vous appartient, il faut y réfléchir à deux fois, hein. Oui. (nous soulignons)

Ici on voit émerger une position réflexive, où la capacité d'influer sur la vie des proches est problématisée. Encore une fois, la visibilisation *incarnée* de l'existence des proches « réveille » la conscience de l'acteur/trice par rapport aux conséquences de l'application du droit sur les liens sociaux. Outre ces situations dites dérangeantes, quelques participant-e-s relatent des situations marquantes en lien avec la présence de proches durant l'audience :

— **JUGE #2** : [...] [La personne proche] était venue à l'audience et elle avait un couteau dans son sac [...] et la sécurité s'en était rendu compte et avait

¹⁶² L'idée que les personnes condamnées puissent instrumentaliser leurs proches revient souvent dans le matériel ; elle constitue un obstacle à la prise en compte des effets de la peine sur eux. Voir la section 6.2.3.2.

pris le couteau. [...] [Q]uand une [personne] vient à [une] audience de jugement [...] avec un couteau sur elle, c'est pas un problème de justice ça, c'est un problème de santé. On a pas beaucoup de prise là-dessus en réalité. [...]

- **J'imagine que ça devait être difficile [...] d'être confronté-e à ça.**
- Mais c'est pas... c'est pas... voilà... on fait pas ce métier pour être au quotidien dans des situations confortables.

JUGE #11 : [...] on [a] pour pratique [...] de donner lecture de la décision en audience publique. [Une fois] c'était l'amie [de la personne condamné] qui était dans le public [...]. Et puis elle m'a montré-e du doigt puis elle m'a fait comme ça [signe de trancher la gorge avec le doigt]. Mais voilà. Moi j'en suis restée là en me disant « c'est juste un geste de mécontentement ». Et puis effectivement, ça a pas été plus loin.

Un-e participant-e a exprimé des craintes à l'égard des proches. Cette peur n'était pas liée à des gestes concrets mais plutôt au contexte général de la pratique du droit criminel :

JUGE #16 : [...] je siége en matière criminelle avec des gens qui sont épeurants des fois [...]. Et j'ai eu peur pour ma propre sécurité. Je savais pas à quoi m'attendre [quand j'ai commencé à siéger]. Est-ce qu'ils étaient pour venir chez moi [rires] la famille des accusés... [...] Et ça a duré tout le long parce qu'il y a des actes criminels qui sont liés à une criminalité beaucoup plus sérieuse là. Des gangs, le crime organisé. Ça, c'est pas évident.

Enfin, la présence des proches en tant que *spectateurs* est souvent évoquée en lien avec la présence des proches des personnes victimes de l'infraction. Apparaissent alors deux *groupes de proches*, ceux des personnes jugées et ceux des victimes¹⁶³ ; cette distinction est particulièrement employée dans les dossiers où une personne est décédée. Parfois, la présence de ces deux groupes se matérialise pour les juges par une scission de l'espace géographique qu'est la salle d'audience :

JUGE #18 : On les voit dans la salle souvent. On est capable de voir... dans la salle, souvent, d'un côté, on voit que c'est les proches de la victime et de l'autre côté, c'est les proches de l'accusé.

On voit donc revenir ici le dédoublement des catégories fondamentales du système, évoqué précédemment¹⁶⁴, qui devient concret devant les yeux des acteurs/trices : les

¹⁶³ Sur la distinction entre ces deux groupes de « proches », voir la section 4.1.2.

¹⁶⁴ *Ibid.*

Proches des coupables et les *Proches des victimes* occupent ensemble l'espace visuel des juges. Certain-e-s observent de fortes tensions émotionnelles entre ces deux groupes, perçus comme ayant des préoccupations antagonistes, et doivent alors « gérer » ces situations :

JUGE #16 : C'est extrêmement rare qu'on a les accusés-familles et les victimes-familles mêlées... Il y a vraiment deux [côtés]. Et c'est apparent pour un juge à cause de la détresse, [...] des émotions, [...] de tout ce qui se passe dans le visage. On n'a pas vraiment besoin d'un discours pour comprendre où ça s'en va. [...] [C]'est sûr qu'il y a des réactions d'émotions énormes et la gestion est difficile [...] des fois c'est exagéré un peu, d'un côté comme de l'autre.

JUGE #5 : [...] [une fois] il a fallu séparer les deux familles, la famille de l'accusé puis la famille de la victime au palais parce que ça se battait dans les corridors. Ça fait qu'on leur avait assigné des étages. [...] Puis vous vous croisez pas [...] dans le corridor [...].

En définitive, si les proches des personnes jugées sont parfois des *spectateurs* passifs durant les audiences, leur présence parmi le « public » du tribunal exerce une influence sur l'activité professionnelle des juges, parfois de manière manifeste (séparations entre les groupes), parfois de manière silencieuse (questionnement, inquiétudes, ou encore malaise) mais non moins importante.

4.3.2.2 Les proches *informateurs*

En plus d'être présents comme spectateurs des audiences, les proches sont parfois visibles pour les juges lorsqu'ils ont le statut de témoins. Les moments où ils sont susceptibles de s'exprimer devant le tribunal sont de deux ordres, comme le décrit ce-tte juge :

JUGE #10 : [...] il y a toujours deux catégories de témoins. [...] [L]'idée de base, c'est d'avoir quelqu'un qui peut vous éclairer sur les faits qui se sont produits. Après on peut avoir ce qu'on appelle en langage non juridique les témoins de moralité, [...] qui peuvent essayer d'infléchir dans la fixation de la peine.

Les proches qui interviennent en qualité de témoins sont souvent distingués par les acteurs/trices en fonction du type d'informations qu'ils fournissent au tribunal : d'une part, les informations relatives aux faits de la cause dans le cadre du procès, d'autre part, les

informations en lien avec le choix de la peine. Lorsque les proches sont amenés à *s'exprimer* devant les juges, leur rôle passe de *spectateurs* à *acteurs* du système : les proches deviennent alors ses *informateurs*.

Il arrive que les proches soient appelés à témoigner en lien avec les accusations portées à l'encontre de leur être cher. Pour cette catégorie de « proches témoins », nous nous situons avant l'étape de la détermination de la peine, soit au moment du procès. Les témoignages s'articulent alors essentiellement autour des faits de la cause et de leur compréhension¹⁶⁵. Dans la mesure où le moment du procès n'a pas été mis au cœur de la recherche, nous ne nous attarderons pas sur les perceptions qu'ont les juges des proches à cette étape¹⁶⁶. Nous nous concentrerons sur les expériences des juges en lien avec le témoignage des proches dans le contexte de la détermination de la peine.

Avant de présenter le matériel empirique sur cet aspect, précisons qu'en Suisse et au Canada, le *moment* de la détermination de la peine diffère. Dans le droit pénal suisse, celle-ci a lieu immédiatement après le prononcé du verdict de culpabilité, à l'issue de l'audience relative aux faits de la cause. À l'inverse, dans le droit criminel canadien, la peine est déterminée durant une audience temporellement distincte, qui ne suit pas immédiatement le prononcé du verdict¹⁶⁷. Ainsi, si au Canada, l'infliction de la peine doit intervenir dans un délai raisonnable après la déclaration de culpabilité¹⁶⁸, elle ne lui est pas concomitante, contrairement à la situation prévalant en Suisse. Le *Code pénal suisse* prévoit la possibilité de scinder les audiences relatives à la culpabilité et à la peine¹⁶⁹, mais cette possibilité ne semble qu'exceptionnellement mise en œuvre :

¹⁶⁵ Précisons que tant le droit canadien que le droit suisse prévoient des exemptions à l'obligation de témoigner pour certains proches : voir l'article 4 de la *Loi sur la preuve* au Canada, et l'article 168 Cpp en Suisse.

¹⁶⁶ Notons seulement qu'il s'agit, pour les juges, d'une zone de visibilité potentielle pour les proches, quoiqu'elle laisse peu de place à leur propre situation.

¹⁶⁷ Cette audience est appelée parfois « procédure présentencielle » par la doctrine (voir Stylios, 2021). Elle ne constitue pas une étape procédurale distincte à proprement parler : même si elle est détachée des audiences relatives aux faits de la cause, elle demeure une étape du procès criminel d'après la doctrine (Stylios, 2021).

¹⁶⁸ Article 720 (1) C.cr.

¹⁶⁹ Voir l'article 342 Cpp.

JUGE #1 : [...] la pratique des tribunaux elle est largement restrictive, souvent on refuse [la scission des débats] parce [...] qu'on a pas beaucoup de temps pour traiter une affaire donc on va directement à l'essentiel [...]. Donc quand on arrive au moment de la délibération, [...] une fois qu'on a tranché la culpabilité dans le sens d'un verdict de culpabilité, on va s'attacher à fixer la peine.

Cet-te avocat-e de la défense va dans le même sens :

AVOCAT-E #2 : [...] je serais séduit-e sur le plan dogmatique par une scission des débats, culpabilité et ensuite la peine, mais je l'ai pas pratiquée donc je peux pas vous dire si ça vérifierait ces aspects séduisants ou au contraire, c'est kif-kif, ou s'il y a des avantages et des inconvénients, j'arrive pas, je ne l'ai jamais fait. [...] [Ç]a m'intéresserait de la pratiquer. [...] [E]n tout cas, je n'ai jamais vu de sensibilité romande conduire à une scission des débats.

Une autre précision d'importance a trait aux conditions du témoignage des proches lors de la détermination de la peine : au Canada, dans la grande majorité des dossiers, les décisions sur la peine font l'objet d'une suggestion commune de la part des parties¹⁷⁰. Dans ces situations-là, si la suggestion est entérinée par le tribunal, ce qui est fort souvent le cas, il sera moins fréquent d'appeler des proches à témoigner en lien avec la peine. Plusieurs participant-e-s, au Québec, ont précisé cet élément.

Abordons maintenant le contenu du matériel empirique relatif aux proches entendus en qualité de témoins en lien avec la peine. Dans une majorité d'entretiens, les juges ont parlé des proches amenés à s'exprimer à cet égard, même si certaines exceptions demeurent, notamment pour des juges appelés à statuer sur un volume moindre de dossiers :

JUGE #10 : [...] j'ai jamais eu un cas, moi personnellement, mais peut-être que d'autres qui ont plus de dossiers vous le diront, où par exemple j'ai eu affaire avec l'épouse, l'époux, les enfants qui seraient venus témoigner.

En Suisse, les juges interviewé-e-s ont employé le terme de « témoins de moralité » pour parler des proches qui témoignent dans le contexte de la détermination de la peine :

¹⁷⁰ Voir la section 3.1.3.

JUGE #2 : On les appelle témoins de moralité [...]. Mais c'est pas un terme dans la loi, c'est des témoins sur la situation personnelle de la personne prévenue.

Les entretiens montrent que cette notion est bien ancrée dans la pratique judiciaire en Suisse romande, revenant souvent dans les propos des juges :

JUGE #20 : [...] les proches peuvent aussi intervenir comme témoins de moralité devant le tribunal. [...] Bon on va pas entendre toute la famille non plus hein, mais [...] on peut faire venir quelqu'un comme témoin de moralité.

- **JUGE #15** : [...] ça arrive des situations où vous êtes en contact avec des proches [...] ?
- Oui, très régulièrement les témoins de moralité sont appelés à témoigner, et donc c'est des personnes de la famille proche qui viennent dire tout le bien du prévenu, tout leur amour, ou toutes les difficultés qu'ils ont à vivre sans lui, ou sans elle. [...]. Parce que nous, juges du fond, finalement on a peu de contacts, on a juste l'audience en fait. [...]. [À] l'audience, on a régulièrement des témoins de moralité qui viennent parler de la personnalité du prévenu et puis des difficultés intra-familiales. Et là on est amenés à rencontrer les proches.

On retrouve encore dans ce dernier extrait le fait que l'audience est le moment de *visibilisation* des proches par excellence, souvent l'unique. Dans les entretiens canadiens, aucun terme spécifique n'a été employé pour évoquer les personnes qui viennent témoigner durant l'audience relative à la peine. Les proches y sont néanmoins souvent entendus par les juges, tout comme en Suisse :

JUGE #9 : [...] c'est très fréquent qu'en matière de détermination de la peine, des avocats de la défense fassent entendre des conjoints puis généralement, les accusés étant des hommes, les conjointes sont des femmes, pour sensibiliser le juge aux conséquences d'une incarcération. Parce que c'est souvent ça que la défense veut éviter et puis là les thèmes « soutien de famille, c'est les enfants qui vont pâtir [...]... » Ça c'est très, très fréquent.

Comme le montre cet extrait, la présence des proches en tant que témoins sur la peine est associée à la preuve présentée par l'avocat-e de la défense¹⁷¹. L'extrait nous montre aussi que la fonction associée à la production de cette preuve est justement celle de « sensibiliser le juge aux conséquences » d'une peine qui compromettrait sérieusement la préservation des liens sociaux de l'accusé-e, en l'occurrence la peine de prison : on

¹⁷¹ Voir la section 4.2.2.

recherche un effet des proches *sur la peine*. Les données montrent toutefois que si les avocat-e-s de la défense disent appeler souvent des proches pour témoigner, ce n'est pas nécessairement pour que ces derniers évoquent leur propre situation, mais plutôt celle de la personne jugée, reproduisant la logique atomiste de la détermination de la peine (Pires, 2001b), qui met à l'écart la vie sociale de la personne condamnée, qui efface celles et ceux qui l'entourent :

AVOCAT-E #5 : [...] je peux faire entendre mon client [et] aussi faire entendre les proches. Tout ça fait partie de l'exercice de la détermination de la peine. [...] [D]e faire entendre la maman par rapport au comportement de son fils depuis l'incident, par rapport à la réhabilitation, [...]. [D]'avoir vu son garçon évoluer positivement. [...] [I]l se tient plus avec untel, il sort plus le soir, il a repris ses études en main. Ça c'est une preuve qui se fait par l'entremise d'une maman [...]

Comme c'est le cas dans cet extrait, l'analyse du matériel empirique montre que plusieurs fonctions sont attribuées par les juges aux témoignages des proches dans le cadre de la détermination de la peine. D'abord, une fonction qui concerne la personne condamnée : celle de *soutien*. Ensuite, deux fonctions qui concernent le tribunal : celle d'*éclairer* et celle de *tranquilliser*. Nous les détaillerons maintenant.

Les proches qui témoignent représentent pour certain-e-s juges une source de soutien pour les personnes condamnées. Ils seraient là avant tout pour rassurer celles-ci :

JUGE #8 : J'ai vu surtout des parents venir témoigner pour soutenir leur enfant à la cour, pour dire « c'est un bon garçon, il va se réhabiliter » ou « c'est une bonne fille, elle va se réhabiliter ».

JUGE #9 : Puis, il y a des proches aussi qui soutiennent les accusés. Puis, il y a des proches qui [...] deviennent en relation je dirais d'opposition ou d'antagonisme par rapport à l'accusé.

JUGE #15 : [...] on va pas les interroger sur les faits, [...] c'est vraiment un témoin qui vient un peu pour réconforter le prévenu, [...] puis pour donner une autre vision au Tribunal de la personne, parce que c'est vrai qu'une personne n'a jamais qu'une facette dans la vie, donc c'est important que quelqu'un vienne donner une autre vision.

Ici, on voit apparaître la solidarité et le soutien témoignés par les proches, décrits dans la littérature (voir Ricordeau, 2019b) ; elle demeure toutefois peu fréquente dans les représentations des juges interviewé-e-s. L'idée que les proches puissent compléter le portrait que se fait le tribunal de la personne condamnée revient fréquemment dans les données. Pour certain-e-s juges, les témoignages des proches représentent un élément important, voire parfois essentiel, pour éclairer le tribunal sur la personne condamnée. Par exemple, un-e juge nous décrit le témoignage d'une mère eu égard à son fils accusé, puis nous dit :

- **JUGE #13** : [...] c'est un éclairage sur ce garçon... qui me montre autre chose de lui [que le dossier pénal]. C'est que j'avais en face de moi un hâbleur de vingt ans qui me répondait, quand je lui posais une question il me répondait par une autre question. Mais en même temps... [...] je voyais bien que ce gosse-là, il avait un vécu, mais on peut aller tous se recoucher !
- **Donc dans un cas comme ça, enfin le proche...**
- Le proche, il est essentiel. [...] Il est absolument essentiel.

C'est ici la trajectoire de vie de la personne à condamner, amenée par un de ses proches, qui interpelle l'acteur/trice. Parfois, il s'agira aussi d'une occasion de prendre la température du climat familial. Des rapports de force dans la famille sont captés durant l'audience des proches ; les acteurs/trices sont à la recherche de la relation qui unit la personne condamnée au proche qui témoigne :

JUGE #13 : [...] y a tout le non-verbal aussi, pendant l'audition d'un proche. C'est la manière dont le prévenu regarde ce proche. La manière dont il est inquiet ou pas inquiet. La manière dont le proche a envie de bien faire, pas de bien faire. On voit aussi des positions familiales, celui qui est soumis à qui, celui qui domine qui dans un contexte familial, dans les auditions. C'est assez frappant.

Cette perception quant à la dynamique à l'œuvre dans une relation est aussi remarquée lorsque la personne proche a été directement atteinte par l'infraction :

JUGE #8 : [...] jugez à quel point c'est compliqué. [...] [L]a personne va nous dire « vous savez mon conjoint c'est un bon gars. [...] Puis c'est un peu de ma faute, je l'ai provoqué ». Quand vous entendez ça vous voyez que le problème est du côté de l'accusé puis que c'est pas le témoignage de cette personne-là qui va nous aider à faire avancer les choses. [...] [O]n sent que ce gars-là il est

dangereux. Parce qu'elle vient dire exactement ce qu'il faut pour le garder en prison.

Si pour beaucoup le témoignage des proches a sa place dans le cadre de la détermination de la peine, les acteurs/trices décrivent l'influence de cet éclairage comme étant modeste :

JUGE #15 : [...] c'est pas quelque chose qui va forcément changer notre opinion sur les faits qui se sont produits, mais c'est important d'avoir cet éclairage [...].

Si, comme on le lit ici, l'éclairage des proches ne change pas l'opinion des acteurs/trices quant aux *faits*, nous verrons que leur visibilité est susceptible d'influencer leur l'opinion *sur la peine*¹⁷². Les acteurs/trices ont néanmoins parfois tendance à écarter l'idée que l'existence des proches puissent agir sur la peine, plaçant au cœur de l'intervention la culpabilité de la personne condamnée, à l'égard de laquelle les proches ne peuvent rien changer :

JUGE #12 : [Les témoins de moralité] [c]'est pour prouver à quel point, au fond, [la personne condamnée] c'est quelqu'un d'honnête, [...] qui est apprécié dans son environnement, etc. Oui. Bon. Ça peut aider quoi. Mais on voit bien que s'il a des tas d'antécédents ou pas [...]. [E]n fait, [les proches] c'est rarement les personnes qui nous sont les plus utiles pour fixer la peine. Pourquoi ? Parce qu'en fait, on doit surtout mesurer la culpabilité de l'auteur des crimes reprochés et pour ça, on a besoin de savoir des tas de choses que généralement les proches ne savent pas.

L'importance accordée à la culpabilité de la personne jugée limite ici la possibilité d'élargir le champ de vision aux proches ; on retrouve ici, encore une fois, des traces de l'atomisme de la peine décrit par Pires (2001b), et du peu d'importance accordée au liens sociaux dans la manière de *penser l'intervention pénale*¹⁷³. Celle-ci est pensée essentiellement à partir du passé : il faut mesurer la culpabilité eu égard à l'infraction ; la qualité de l'intervention, ce qu'elle va impliquer *dans le futur*, demeure marginalisée. Dans cette

¹⁷² Dans le chapitre 6, et plus particulièrement dans les sections 6.1 et 6.3, nous constatons que la visibilité des proches, et des effets que la peine peut exercer sur eux, joue un rôle *sur la peine*. Nous parlerons alors des effets *des proches* sur la peine.

¹⁷³ Nous analyserons en détail les manifestations de l'atomisme dans l'empirie dans la section 6.2.1, où nous verrons notamment le poids de la culpabilité et de la gravité de l'infraction commise, qui écrase l'éventuel rôle accordé aux liens sociaux dans la détermination de la peine.

perspective, les proches apparaissent « inutiles » à la détermination de la peine, parce qu'ils n'ont rien à apporter pour éclairer le système quant à la culpabilité. Celle-ci est omniprésente¹⁷⁴, et induit un angle mort majeur dans la manière de penser l'intervention. En effet, après avoir mesuré la culpabilité, il pourrait y avoir un autre mouvement : celui de mesurer la qualité de l'intervention, et la possibilité de favoriser des peines qui empiètent moins sur la préservation des liens – cela même dans un esprit de « protection à long terme » de la société (voir à ce propos Freitas et Garcia, à paraître).

Par ailleurs, les données indiquent que le témoignage des proches en lien avec la peine est représenté comme étant pertinent surtout si la personne condamnée n'est pas détenue depuis l'ouverture de l'instruction :

JUGE #2 : [...] quand [les prévenu-e-s sont en détention] [...] la situation personnelle évolue rarement, vous [aurez] rarement [...] un nouvel emploi, une nouvelle copine, un enfant qui est né [...]. [O]n va avoir des informations sur une éventuelle formation en détention, sur une maman qui est malade, un papa décédé [...]. C'est assez statique. Par contre dans une situation où la personne comparaît libre, [...] là il peut y avoir des éléments nouveaux qui font qu'on a besoin d'entendre les proches et leurs discours sur la situation qu'on a.

Encore une fois, on voit que la pertinence (perçue) du témoignage des proches en lien avec la détermination de la peine est tributaire de la situation de la personne à qui sera infligée la peine : c'est bien *son évolution à elle* depuis la commission de l'infraction qui est mise sous la loupe, et non la situation des proches et l'effet que pourra avoir la peine. Sans la perspective d'une telle évolution, le témoignage des proches aurait une pertinence moindre. La même idée se retrouve ici :

JUGE #4 : Nous [posons des questions sur la situation personnelle du prévenu], surtout pour voir s'il y a une évolution.

Encore ici, l'un des rôles essentiels du proche, pour le système, est celui de témoigner de l'évolution de la personne jugée. Outre cela, un rôle d'équilibrage des forces en présence est attribué au témoignage des proches, qui serait essentiellement lié à l'apport

¹⁷⁴ Nous reviendrons également sur cet aspect dans la section 6.2.1, où nous verrons que les rationalités de prise en compte des proches sont fréquemment articulées autour de l'infraction et de la culpabilité de la personne condamnée.

d'éléments *positifs* et favorables à la *personne condamnée* ; encore là, on voit comment l'atomisme teinte la perception de l'apport du témoignage des proches. Ce n'est pas pour connaître et pour protéger leurs liens sociaux avec la personne condamnée qu'ils sont entendus, mais plutôt pour « montrer l'humanité » de cette dernière :

- **JUGE #15 : Est-ce que cette pratique-là [d'entendre des témoins de moralité] vous l'estimez importante pour vous, dans votre fonction ?**
- Moi je pense qu'elle est très importante pour le prévenu. C'est important pour lui d'avoir des personnes de son côté qui viennent témoigner. C'est une sorte de balance, oui, il faut, il a droit à ça et les témoins de moralité on les refuse jamais. Ce qu'on peut faire c'est diminuer le nombre [...] deux ou trois ça suffit en règle générale [...]. [...] Puis c'est important pour le prévenu d'avoir des gens qui viennent parler de lui en bien parce que d'habitude on parle plutôt de lui en mal [...].
- **C'est comme un équilibre.**
- Ouais, c'est un équilibre, il y a droit. C'est... ouais... Je pense que c'est assez fondamental pour la balance, d'avoir des témoins de moralité. (nous soulignons)

JUGE #4 : Un procès pénal est un procès noir blanc avec quelques subtilités, mais où les parties plaignantes et parfois l'accusation tendent à dresser un portrait du prévenu qui met en avant les actes qui lui sont reprochés et les aspects les plus sombres de sa personnalité. [...] Il n'est pas mauvais que la défense parfois permette de voir des aspects un peu plus brillants de la personnalité du prévenu. [...] Donc c'est pas inintéressant d'avoir des témoins de moralité.

Cet équilibre d'un tableau tout noir, sur lequel la défense, via notamment les proches, vient apporter des touches de blanc, est certes appréhendé comme utile, souhaitable ; le témoignage des proches représente une occasion pour la personne condamnée de montrer qu'elle est plus que le geste commis. On observe néanmoins un sentiment de méfiance à l'égard des éléments amenés par les proches (tout comme c'était le cas à l'égard des éléments fournis par la personne condamnée) : le blanc, comme on le lit ci-haut, serait trop blanc. Il arrive aussi que les juges perçoivent les proches témoins comme jouant un rôle, et débitant le contenu d'une « cassette », afin de servir les intérêts de la personne condamnée et de la décrire sous son meilleur jour. Cette perception d'un témoignage qui serait « automatisé » contribue alors à discréditer leurs propos ; les juges doutent parfois de la sincérité des proches, en raison du lien de proximité qui les unit à la

personne condamnée. Ils témoignent, mais même si cet exercice est décrit parfois comme étant « essentiel », le contenu de leur témoignage est souvent entendu avec scepticisme :

JUGE #13 : [...] y a des proches qui ne [...] sont pas du tout [essentiels] parce que on voit bien qu'ils annoncent un truc... un peu appris par cœur. Mais [...] je dirais trois fois sur cinq, le proche il est vraiment essentiel. C'est le seul moyen.

JUGE #15 : [...] il y aura des éléments intéressants... mais [...] c'est des témoins qui sont tellement proches du prévenu que... Par exemple une personne qui a violé trois femmes et ensuite sa mère vient dire que c'est un garçon très gentil, pour schématiser un peu, c'est pas ça qui va forcément faire baisser la peine.

JUGE #4 : [...] la défense va choisir des personnes qui sont susceptibles de pas dire du mal du prévenu mais plutôt du bien.

JUGE #9 : [...] la défense va faire ce genre de preuves-là [des témoignages de proches] uniquement quand elle va être absolument certaine que la contribution du témoin qu'elle va mettre dans la boîte va être positive et se retournera pas contre l'accusé. [...] [Elle] prendra pas le risque de mettre quelqu'un dans la boîte qui [...] va nuire à son client. Ils veulent pas d'effet boomerang.

Ces extraits montrent que la présence des proches en tant que témoins dans le contexte de la détermination de la peine est souvent perçue comme étant orientée vers la *favorisation des intérêts de la personne condamnée*. Dans ces représentations, le témoignage des proches répondrait à un agenda clair : présenter des « circonstances atténuantes »¹⁷⁵, et solliciter une peine modérée de la part du tribunal. Les considérations relatives aux proches eux-mêmes demeureraient très peu exprimées par ces derniers, d'après les juges. Or, une portion de l'hypothèse directrice de la recherche semble se confirmer : l'atomisme des théories de la peine fonctionne comme un mécanisme de neutralisation quant à la visibilité des proches et des effets potentiellement néfastes de la peine sur ces personnes. Cette caractéristique amène à se concentrer avant tout sur la personne condamnée, sans égard pour les réalités vécues par ses proches ; le système ne laisse pas de *place substantielle* à ces considérations.

¹⁷⁵ Nous verrons dans la section 6.2.1.2 que dans le processus décisionnel qui mène à la peine, les proches sont souvent considérés en lien avec l'établissement des circonstances atténuantes et aggravantes.

Par ailleurs, les proches sont représentés comme portant une voix modératrice dans la détermination de la peine, ce qui semble parfois embarrasser les acteurs/trices. Ce constat nous pousse à nous questionner sur les barrières cognitives à l'écoute *authentique* des proches par les tribunaux : leur parole serait-elle moins entendue, moins valorisée parce qu'elle n'exprime (en général) pas des idées punitives¹⁷⁶ ? On peut en tout cas le supposer, à l'aune du matériel empirique, qui montre une forme de « vigilance » adoptée par les acteurs/trices quant aux propos des proches dits *favorables à l'accusé-e*. Pour réfléchir à cela, reprenons les constats de Pires (2001b), à l'effet que le système de droit criminel moderne a historiquement valorisé fortement l'affliction et l'exclusion sociale de la personne coupable ; il décrit alors l'« auto-portrait punitif » du droit pénal.

Face à cela, on peut s'interroger sur l'influence de cet auto-portrait sur la réception des témoignages des proches qui vont dans la direction inverse : ces témoignages semblent exprimer souvent des idées modératrices, et fournissent au tribunal des éléments *positifs* à l'égard de la personne condamnée (soit *non hostiles*), tout en visibilisant ses liens sociaux et son importance pour son « petit univers » (Kaminski, 2008). Ce faisant, les témoignages des proches viennent alors *désatomiser* cette personne, dans un mouvement contraire aux idées dominantes du système de droit criminel : la peine *aura concrètement* des effets sur plusieurs individus. Dans quelles mesure les éléments apportés par les proches sont-ils réellement audibles pour les juges ? Nous explorerons ultérieurement cet aspect, lorsque nous décrirons les rationalités de prise en compte des proches dans la détermination de la peine¹⁷⁷.

Pour l'instant, les données présentées répondent à la conception de l'*atomisme* décrite par Pires (2001b) : si les proches sont parfois entendus par les juges, la personne condamnée et sa culpabilité demeurent au centre de l'attention ; les personnes avec qui elle entretient des liens sociaux ne sont pas visibles pour elles-mêmes. Leur présence

¹⁷⁶ Voir à cet égard les constats de Labonté sur la réception de la victime « non punitive » par les tribunaux ; il remarque à ce propos « la difficulté que connaît actuellement le droit criminel à exploiter le potentiel innovateur de certaines attentes victimaires non répressives dans la détermination de la peine » (2017, p. 381).

¹⁷⁷ Voir le chapitre 6.

comme témoins aurait comme objectif premier de plaider en faveur d'une atténuation de la peine et serait le fruit d'un choix « éditorial » opéré par les avocat-e-s de la défense.

Si les avocat-e-s de la défense représentent un vecteur extrêmement fort, et parfois unique, de *visibilisation* des proches et des risques que la peine peut impliquer pour ces derniers¹⁷⁸, leur propos vont dans le même sens que les perceptions des juges : ils/elles disent choisir les témoins essentiellement en fonction des intérêts de leurs client-e-s :

AVOCAT-E #4 : [...] si je me dis « ok je vais parler d'un proche » au stade de détermination de la peine, c'est que je le sais que ça va être perçu positivement par le juge, sinon... [...] dans un de mes dossiers il y a l'ex-conjointe [qui] voulait que [...] [le père] s'implique auprès de ses enfants, puis elle voulait pas une peine de détention ferme, mais j'ai privilégié le dépôt d'une lettre parce que [...] il y avait une tension dans leur relation. Est-ce que ça aurait pu être défavorable, au niveau du juge ? [...] [D]es fois, ça se passe mal là.

[...] [L]e père d'un de mes clients qui était jeune avait témoigné. On l'avait bien préparé, [...] je voulais qu'il vienne témoigner de l'encadrement qu'il donnait à son fils. Puis au téléphone il m'apparaissait quand même convaincant. Puis devant le juge il a choké littéralement, [...] le juge a comme fait « bon bien son père finalement, il l'encadre pas vraiment.

- **AVOCAT-E #2 :** [...] j'ai fait entendre comme témoin de moralité [...] sa compagne qui entretenait une relation amoureuse avec lui alors qu'il était détenu. Et ça a été catastrophique. Parce qu'elle est venue défendre ce type en disant : « c'est injuste ce qui lui arrive ». [...] Ce discours c'était contre-productif.
- **Ça peut créer pour vous une espèce de frein... [...] à la transmission d'informations ?**
- Mais bien sûr. En tout cas sur l'efficacité du moyen. [...] Parce que ça crée plutôt un effet de répulsion. On a envie de dire : [...] Ce bonhomme il a dix antécédents [...]. Qu'est-ce qu'il y a d'injuste dans le fait de vouloir lui coller trois ans de taule ? Y a un moment donné où basta [...]. Dire que « c'est injuste » c'était nul, en termes de stratégie. Alors ça venait du cœur mais a posteriori, je me suis dit... C'était naze, cette carte. J'aurais pas dû la jouer mais bon, on sait pas, avant de jouer.

Les proches sont donc parfois appréhendés par la défense comme des témoins de *mauvaise qualité*, qui peuvent potentiellement nuire aux intérêts de leurs clients au moment de la détermination de la peine. Leur présence ou leur absence va alors être le

¹⁷⁸ Voir la section 4.2.

fruit d'une stratégie, orientée vers « l'efficacité » du témoignage ; ainsi du point de vue de la défense, faire témoigner des proches peut constituer un risque. Comme aux cartes, l'existence des proches est « dévoilée » au tribunal lorsqu'ils représentent un atout pour la défense de la personne condamnée¹⁷⁹.

Ainsi, si les juges détiennent un pouvoir discrétionnaire quant à la peine, les avocat-e-s de la défense détiennent jouent le rôle de filtre quant aux éléments présentés au tribunal en lien avec la situation des proches ; ces derniers seront parfois invisibilisés de manière « stratégique », si leur témoignage est perçu comme pouvant être mal reçu par le tribunal. Ces constats rejoignent ceux que nous avons évoqués pour justifier l'inclusion dans le corpus d'entretiens avec des avocat-e-s de la défense¹⁸⁰ : dans un contexte systémique où aucun mécanisme ne favorise explicitement la *vue* des effets de l'intervention pénale, le rôle de ces acteurs/trices apparaît absolument essentiel dans la *visibilisation* de l'existence des proches et des effets que la peine peut exercer sur eux : par ailleurs, ils/elles peuvent également contribuer à les maintenir *invisibles*.

La perception des avocat-e-s de la défense quant au caractère nuisible du témoignage des proches est d'ailleurs confirmée par les données : en effet, la « mauvaise qualité » perçue du témoignage d'un proche peut induire une forme de contrariété chez les juges, qui y perçoivent des tentatives d'instrumentalisation de la part de proches ou de la défense¹⁸¹. Par exemple, l'extrait suivant montre l'agacement d'un juge face à une situation vécue, où une personne décrite comme « puissante » témoignait en faveur de son enfant :

JUGE #9 : [...] [Monsieur] qui est venu témoigner pour dire que mon petit gars c'est un bon petit gars, puis qu'il récidiverait jamais, puis que s'il avait des problèmes de stupéfiants, lui il connaît [...] un centre de désintox [...]. Ça, ça avait rien à voir avec les conséquences de la peine sur lui. Il voulait utiliser son

¹⁷⁹ Nous verrons que tout comme pour les avocat-e-s de la défense, la prise en compte des proches est très souvent représentée comme impliquant des risques pour le système du point de vue des juges (section 6.2.3).

¹⁸⁰ Voir la section 3.2.1.

¹⁸¹ Nous verrons dans la section 6.2.3.2 que l'instrumentalisation des proches *par la personne condamnée* est perçue comme un « risque » par certain-e-s acteurs/trices, faisant obstacle à leur prise en considération.

statut de proche de la famille pour me convaincre d'imposer une peine moins lourde.

L'éclairage apporté par les proches peut donc être perçu tant comme essentiel que comme inapproprié, voire comme une tentative de manipuler le tribunal. Au-delà de cette casquette *d'éclaireurs*, les données montrent que si les juges se représentent les proches comme des tiers servant à rassurer les personnes condamnées, ces dernières ne sont pas les seules à bénéficier de cette « réassurance » ; les juges, eux/elles-aussi, mobilisent les propos des proches pour *se rassurer* en lien avec leur décision sur la peine :

JUGE #8 : [dans cette affaire] les enfants se sont retrouvés sans mère durant plusieurs années. [...] [J]e me rappelle que la Couronne avait pris le soin sur la peine de faire [...] une certaine démonstration que les grands-parents [...] étaient impliqués [...] dans la vie des enfants. On se retrouvait pas dans un vide. Le système de justice a pas dit « Madame vous vous en allez en prison », puis vous avez [plusieurs] enfants qui regardent leur mère et disent « qu'est-ce qui se passe ? » Non c'est pas ça. [...] Il y avait eu des précautions de prises. [...] C'est [...] l'intervention des grands-parents qui viennent témoigner pour dire « on va s'en occuper. On n'a pas le choix ». [...] Alors le juge [...] a été rassuré, mais ça n'a pas amené une peine moins lourde.

Ici, le témoignage des proches est mis au service d'une légitimation de la peine demandée par la poursuite : informé-e que des proches sont disposés à s'occuper des enfants et que leur garde est assurée, le/la juge peut prendre la décision d'incarcérer leur mère sans « mauvaise conscience », sans préoccupation à l'égard de ses conséquences concrètes. L'existence de proches jugés « responsables » pour la garde des enfants joue alors en défaveur de la personne condamnée. Il est intéressant de faire dialoguer l'extrait précédent avec les résultats de la recherche menée par Minson eu égard à la détermination de la peine des mères :

[...] the fact that a prospective caregiver is a relative of the child appeared to provide judges [...] with significant reassurance that the child will be protected from some of the harmful impacts of maternal imprisonment. As explored [previously], this is not always the case and even within kin caregiver placements the children suffer considerable harm. If there is judicial reluctance to imprison a mother if her child will go into local authority care, coupled with a belief that kinship care will make it possible to pass a custodial sentence without negative consequences for dependent children, it can lead to judicial pressure on defendants to find someone within their family or friendship circle who will take on the care of the child. (2020, p. 153, nous soulignons)

L'extrait d'entretien qui précède nous amène au même constat : à partir du moment où une personne de la famille – ou proche de celle-ci – est perçue comme disponible pour s'occuper des enfants, le mal potentiellement causé aux enfants par la peine de prison apparaît comme de moindre importance, voire comme non-existant. Une fois encore, l'existence de liens sociaux concrets apparaît comme accessoire. Alors que l'extrait précédent montrait l'usage du témoignage afin de « valider » le choix d'une peine de prison, l'inverse se produit également. Les témoignages des proches sont parfois mentionnés par les juges comme leur apportant une forme de réassurance en lien avec l'imposition d'une peine non privative de liberté :

JUGE #1 : [Si le prévenu fait] venir sa mère [...] qui dit « je vais être là comme garant du futur condamné, vous pouvez être sûr qu'il ne va pas [...] fréquenter de mauvaises compagnies » [...] ben vous pourriez vous dire, [...] : si ce garçon est dehors, [...] avec ce filet familial et social dont on a vu l'importance, [...] le risque de récidive est totalement amoindri [...]. [Ç]a peut venir aussi, [le fait qu'on nous amène des proches comme témoins de moralité], des garanties que ce proche pourrait amener face à une absence de récidive. »

Ici les informations apportées par les proches *rassurent* le tribunal ; leur présence et leur implication procure une forme de « sécurité » quant au risque de récidive de la personne condamnée :

JUGE #13 : Il y avait en fait une sorte d'étayage familial autour de ce type [,] [...] on se disait bon, il va purger sa peine, voilà ce qu'on va mettre en place [...] pour après, [...] parce qu'ils sont tous là. Ça compte aussi. Un étayage familial, c'est important dans cette prévisibilité dont on parle, l'implication des proches. C'est vraiment important.

L'existence des proches rassure donc doublement le système : lorsqu'il s'agit de priver de liberté, et également lorsqu'il s'agit de sanctionner dans la communauté. Ce constat rejoint celui de Wandall (2008), qui montre que la stabilité (projetée) dans la vie de la personne condamnée est accentuée par la présence visible d'un cercle familial et/ou professionnel. Les éléments relatifs à la situation familiale de la personne condamnée

sont alors utilisés pour formuler une « prophétie » quant à sa vie future¹⁸², dans une logique prédictive, et seront utilisés en lien avec la prise de décision sur la peine :

The link between the defendant's personal and social life and criminal profile extends to a link between the expected future social stability and the expected future criminal profile of the defendant. A partner, cohabitant, wife, the care-taking responsibility for children, just as well as a permanent occupation, educational activities and concrete plans of employment or education, all serve to create an image of a defendant living in socially stable environment and express the image of a defendant with the prospects of future social stability. (2016, p. 94)

Du côté des avocat-e-s de la défense, le témoignage des proches est également décrit comme mobilisé dans le but de présenter des garanties au tribunal eu égard à l'absence de récidive de la personne accusée ou condamnée :

AVOCAT-E #4 : [On si faire témoigner un proche] ça va être pertinent au niveau de la sentence. Est-ce que ça va aussi venir rassurer le tribunal quant à la réhabilitation ou au potentiel de réhabilitation du client. Je pense que c'est surtout ça au niveau de la peine en tout cas, qui est visé. [...] [Et] rassurer le tribunal au niveau du risque de récidive, que ce soit tant à la remise en liberté ou au niveau de stade de détermination de la peine.

Derrière ce rôle de « garant », déposé sur les épaules des proches qui témoignent sur la peine, on voit apparaître un élément important : leurs propos sont souvent entendus par les juges à partir de certaines des missions traditionnellement associées à la peine, en l'occurrence ici la prévention de la récidive et la réhabilitation/réinsertion des personnes condamnées. Ces observations entrent en résonnance avec le principe de « refamilialisation », formulé par Foucault :

[...] on voit fonctionner dans ces établissements alternatifs à la prison le principe que j'appellerai le principe de refamilialisation, c'est-à-dire que vous retrouvez toujours mis en œuvre selon d'autres moyens, mais toujours mise en œuvre, l'idée que la famille, c'est l'instrument essentiel de la prévention et de la correction de la criminalité. (Brodeur, 2021, p. 17, qui transcrit une entrevue avec Michel Foucault datant de 1976)

¹⁸² Nous explorerons plus avant cette idée quand nous nous pencherons sur les rationalités de prise en compte des effets de la peine sur les proches, et sur leurs différentes manifestations, dans le chapitre 6.

S'appuyant sur ce principe, de Larminat (2004) observe qu'en aval de la détermination de la peine, les liens familiaux sont aussi utilisés comme outil de réalisation d'une fonction carcérale, en l'occurrence celle de resocialisation. Son étude, menée en France, montre que dans le contexte de peines purgées en milieu ouvert, la place attribuée à la famille est étroitement associée aux « vieilles fonctions carcérales » (p. 5), qui se prolongent au-delà de la peine, et présente toutes les caractéristiques d'un vecteur disciplinaire. Nos observations convergent dans le même sens. Nous aurons l'occasion d'y revenir lorsque nous explorerons les rationalités entourant la prise en compte des proches, ainsi que des effets que la peine peut avoir sur eux¹⁸³. Pour l'instant, il s'agissait uniquement à ce stade de décrire quelle sont les fonctions associées aux témoignages des proches dans le contexte de la détermination de la peine.

4.4 Conclusion – Les proches et la détermination de la peine : de l'invisibilité juridique à la visibilité empirique

Synthétisons les observations issues de ce chapitre analytique, axé autour des représentations de la notion de « proches ». Nous avons d'abord constaté que les contours de cette notion sont *fluides* : la sémantique qui lui est attribuée varie selon les acteurs/trices, qui expriment notamment la diversité des situations rencontrées. Par ailleurs, l'analyse a montré que certains facteurs influencent la visibilité (ou non) des proches ; par exemple, les proches des femmes condamnées, et notamment leurs jeunes enfants, semblent plus facilement visibles que les proches des hommes condamnés, notamment ceux dont la situation relationnelle s'éloigne de la « famille nucléaire » ; les personnes jeunes et célibataires sont parfois représentées comme n'ayant pas de proches « dignes de préoccupation » pour le système.

Les données indiquent aussi un couplage important entre les notions de *proches* et de *victime* : parfois elles sont associées (les proches sont décrits comme des *victimes*, directes ou indirectes, de la personne condamnée), parfois elles sont au contraire dissociées (les proches des personnes condamnées sont distingués des victimes, et de

¹⁸³ Voir le chapitre 6.

leurs proches). En tous les cas, les décisions sur la peine sont difficilement perçues comme des sources potentielles de « victimisation » pour les proches : si atteinte il y a, elle vient nécessairement de l'acte commis, et de son auteur/trice. Les données tendent ainsi à montrer que l'*hypervisibilité* du « crime » et de ses conséquences éclipsent les effets de l'intervention. Pour qualifier ce phénomène, nous suggérons l'expression « piège du crime » : celui-ci est si fortement présent sur le plan cognitif que, par un effet de glissement, les effets de la peine sont associés aux effets du crime. Ce « piège » semble limiter les capacités de l'intervention à tenir compte de manière substantielle de ses conséquences¹⁸⁴.

Au-delà de ces représentations, comment les proches « existent-ils » dans le champ de vision des acteurs et actrices qui déterminent les peines ? Au fil de ce chapitre, l'analyse a permis d'observer que malgré leur invisibilité *juridique* dans le contexte de la détermination de la peine¹⁸⁵, et malgré l'invisibilité *sociale* qui les caractérise (Lehalle, 2017), les proches sont par ailleurs bien *visibles* pour ces acteurs/trices. En effet, les données indiquent plusieurs zones de visibilité pour les proches ; dès le début d'une procédure pénale, puis lors de la détermination de la peine, les acteurs/trices ont plusieurs *occasions d'apprendre* sur leur existence. Toutefois, les données montrent également que la substance et la qualité de cet « apprentissage » demeurent limitées par plusieurs éléments.

D'abord, les informations relatives aux proches sont extrêmement disparates et parcellaires. Elles surviennent dans le champ de vision des acteurs/trices de manière contingente, et tributaire des hasards de la procédure en question : les juges glanent différentes informations par l'entremise de plusieurs sources, notamment dans les documents issus du dossier pénal (par exemple dans le rapport de police, le rapport du lieu de détention avant jugement, ou encore le rapport présentenciel). Les données témoignent de la fragilité de l'accès à l'information pour les actrices et acteurs, qui tentent

¹⁸⁴ Nous y reviendrons dans le chapitre 6, où nous verrons notamment l'attention considérable portée à la culpabilité et à la gravité de l'infraction, qui contraste avec l'attention extrêmement limitée portée aux conséquences de la sanction infligée.

¹⁸⁵ Voir la section 1.3.3.

parfois de « boucher » eux/elles-mêmes les trous dans les éléments à leur disposition pour rendre la peine juste et adéquate. De plus, l'accès à l'information est souvent rattaché à la responsabilité des avocat-e-s de la défense ; il s'avère à cet égard tributaires des choix stratégiques opérés par ces dernier-e-s.

Ainsi, l'analyse montre un *déficit de responsabilité du système* concernant la collecte d'information ; aucun mécanisme formel et systématique ne permet de garantir un accès fiable et complet à l'information qui concerne les personnes susceptibles d'être atteintes de manière importante par la sanction. On l'observe dans les données empiriques : les acteurs et actrices, parfois, déterminent la sanction sans avoir une vision complète de la situation. Les étapes procédurales qui précèdent la détermination de la peine, et les actrices et acteurs qui y sont impliqués, semblent jouer un rôle dans la sélection, ou non, d'informations relativement à l'existence des proches. Ce constat va dans le sens des propos de Tata, qui, dans son ouvrage *Sentencing : A Social Process*, montre le caractère évolutif et collaboratif du processus qui amène à la détermination de la peine :

The meaning of the case (and the sentence) evolves and is translated by the ways in which information is transferred, filtered, and edited. The meaning of cases emerges through “careers” of construction and reconstruction. Thus, sentencing is an implicitly collaborative activity among a range of professionals signalling meanings to each other. (2020, p. 6)

Dans la présente étude, les données montrent que si dans un dossier les informations relatives aux proches n'apparaissent pas significatives aux professionnel-le-s actifs/actives durant les différentes phases de la procédure pénale, elles vont alors être invisibilisées et rendues inaccessibles pour le/la juge amené-e à choisir la peine.

De plus, même s'ils restent parfois « à distance » des tribunaux, les données indiquent que d'après les expériences des acteurs et actrices, les proches sont fréquemment présents dans les salles d'audience. Lorsque c'est le cas, ils peuvent endosser plusieurs rôles : tantôt simples *spectateurs*, dont l'identité échappe aux acteurs/trices, tantôt véritables *informateurs du système*, leur apport est parfois décrit comme essentiel, pour soutenir la personne condamnée et pour éclairer les tribunaux ; en négatif, les proches

vont également contribuer à rassurer les acteurs/trices dans le cadre du processus décisionnel, notamment quant au risque de récidive.

Parfois, les proches sont aussi perçus comme des *acteurs*, qui récitent un texte appris à l'avance ; leurs propos peuvent susciter du scepticisme, parfois leur simple présence perturbe les actrices et acteurs. Les données indiquent à cet égard que la visibilisation incarnée de l'existence des proches est susceptible de « réveiller » la conscience des acteurs/trices par rapport aux conséquences concrètes de l'application du droit sur les liens sociaux, de connecter avec cette idée.

Ainsi, dans les salles de cour, les proches occupent tour à tour les rôles de *spectateurs* de la détermination de la peine et d'*informateurs* du système quant à la personne jugée. Ces qualités sont amplement décrites dans le matériel empirique. Ce constat est à mettre en dialogue avec les propos de Ricordeau, qui estime que le système pénal « ne s'intéresse aux proches des justiciables que lors de leur condamnation et à l'approche de leur libération » (2019b, p. 122) : si l'on peut certes parler d'un intérêt pour les proches au moment de la condamnation, les données tendent à montrer que celui-ci est, d'une part, extrêmement limité et contingent, et, d'autre part, que pour le système, les proches existent essentiellement pour ce qu'ils peuvent apprendre *sur la personne condamnée*, et non sur leur propre sort. Les proches s'expriment rarement sur *leur* situation, sur les risques que la peine pourrait impliquer directement *pour eux*. La plupart du temps, l'information fournie par les proches, qui est parfois aussi celle qui leur est demandée par le système, a trait à la personne jugée.

Les expériences décrites par les juges font ainsi peu état de moments où les *effets envisagés de la peine sur les proches* seraient évoqués par ces derniers ; malgré les nombreuses expériences décrites, il semble que les implications concrètes des peines demeurent souvent à l'écart du champ de vision des juges. Face à ce constat, le prochain chapitre sera consacré à l'analyse des représentations des « effets de la peine sur les proches ».

Chapitre 5 – Les « effets de la peine sur les proches » : les représentations des juges

[...] la justice ne prend plus en charge publiquement la part de violence qui est liée à son exercice.

MICHEL FOUCAULT, 1975

Introduction : Les effets de la peine sur les proches : une définition à la peine ?

Dans le chapitre précédent, nous nous sommes concentrées sur les représentations des actrices et acteurs quant à la notion de *proches*, centrale dans cette étude. Il s'agira dans le présent chapitre de nous attarder plus amplement sur l'autre notion cardinale de la recherche : les *effets de la peine sur les proches*. Nous viserons à décrire, à partir du matériel empirique récolté, les représentations que se font les juges de cette notion, afin de répondre à la deuxième question de la recherche¹⁸⁶. L'objectif visé par ce chapitre est ainsi de comprendre comment ces effets *existent* – ou non – pour les acteurs/trices. Nous mettrons notamment sous la loupe les éléments : les représentations quant à la *source* de ces effets (d'où viennent-ils ?) ; les représentations quant au *moment* de ces effets (quand surviennent-ils ?) ; les représentations quant à la *nature* de ces effets (que sont-ils ?).

Durant les entretiens, nous avons orienté les discussions à partir de deux éléments : la détermination de la peine, et les effets de la peine sur les proches. Or, en guise de remarque préliminaire à l'analyse, soulignons deux choses : d'abord, plusieurs participant-e-s ont abordé en premier lieu d'autres moments de la procédure que la détermination de la peine ; ensuite, plusieurs participant-e-s ont évoqué les effets du crime, plutôt que ceux de la peine. D'une manière globale, les données tendent à montrer que *la peine*, et le moment où elle est *déterminée*, sont souvent appréhendés comme

¹⁸⁶ Nous avons décrit dans les sections 1.1.3 et 1.2.2 les observations posées dans la littérature relativement à ces effets ; nous les ferons dialoguer avec les données.

étant éloignés des difficultés rencontrées par les proches ; on observe l'établissement d'une distance entre la peine et ses effets, comme si aucun lien tangible n'était tissé entre eux, comme si la peine était appréhendée dans une forme d'abstraction. Encore une fois, on peut mettre cette observation en parallèle avec les remarques de van de Kerchove (2005) sur le caractère « immatériel » de la pénalité, et avec les caractéristiques de la peine dans la RPM : le système semble éprouver des difficultés à concevoir *ses propres effets*, sur les liens sociaux (Pires, 2001b), à observer la peine en tant qu'*expérience concrète*, en tant qu'« experience of punishment » comme le nomme Berger (2015).

Sur le terrain, il a fallu trouver un juste équilibre : rediriger au besoin les échanges vers les thèmes centraux de l'étude, mais aussi faire preuve d'écoute et d'ouverture sur les réflexions qui s'éloignaient a priori de l'objet d'étude (par exemple des échanges sur les thèmes de la détention avant jugement ou sur les conséquences des infractions).

À l'heure d'approfondir la notion *d'effets de la peine* à travers les points de vue des juges, une précision importante s'impose. Dans cette recherche, la réflexion se concentre sur la problématisation des effets potentiels et vécus par les proches *en lien avec la peine*. Notre rôle a été de ramener cet aspect au centre des discussions lors des entretiens, au besoin, de *montrer* que certaines difficultés rencontrées par les proches sont intrinsèquement liées à l'intervention pénale. Cela n'implique pas de nier les effets plus larges de l'intervention pénale sur d'autres individus ou groupes d'individus ; cela ne signifie pas non plus que nous réfutons les conséquences liées à la commission d'une infraction, qui sont également susceptibles d'atteindre les proches, nous y reviendrons dans la première section de ce chapitre.

Ce chapitre sera divisé en quatre sections. Dans la première (5.1), nous présenterons les perceptions des acteurs et actrices quant à la *source* des difficultés rencontrées par les proches. Nous y aborderons la question de la causalité, perçue ou réfutée, entre la peine et les difficultés rencontrées par les proches. Les effets de la peine sur les proches constituent-ils une croix que le coupable doit porter (5.1.1) ou plutôt une responsabilité qui incombe aux actrices et acteurs du système pénal (5.1.2) ? Et quelles sont les implications de cette distinction (5.1.3) ?

Dans la deuxième section (5.2), nous aborderons le champ lexical employé par les acteurs et actrices pour évoquer ces effets : quels sont les *mots* utilisés par les juges pour évoquer le fait que les proches puissent être atteints par une sanction pénale ? Nous verrons comment le vocabulaire mobilisé est susceptible d'influer sur la visibilité de ces effets.

Dans la troisième section (5.3), nous présenterons les perceptions des acteurs et actrices quant aux *moments* où les proches sont susceptibles d'éprouver des difficultés en lien avec l'intervention pénale. Comme mentionné précédemment, nous verrons que la détermination de la peine n'apparaît pas centrale à cet égard. Les étapes de l'instruction pénale, du procès, et de l'exécution de la peine, seront abordées, puis nous nous questionnerons sur la place occupée par la détermination de la peine dans les données récoltées.

Enfin, dans la quatrième section (5.4), nous présenterons de manière détaillée les perceptions des actrices et acteurs quant à la *substance* des effets vécus par les proches. Nous aborderons en premier lieu la « conscience » de ces effets, telle que décrite par les juges (5.4.1), puis nous décrirons tant les effets perçus comme indésirables (5.4.2) que ceux perçus comme bénéfiques pour les proches (5.4.3). La perception différentielle de ces effets sera ensuite abordée (5.4.4).

Durant l'analyse, nous verrons que dans chacune des sections susmentionnées, une barrière cognitive est perceptible quant à la *visibilisation* des effets de la peine sur les proches ; nous concluons donc ce chapitre en revenant sur ces barrières (5.5).

5.1 Les effets de la peine sur les proches : à qui la responsabilité ?

[...] le monde social est d'une complexité telle qu'il est le plus souvent impossible d'affirmer que les maux engendrés par la vie sociale seraient imputables en totalité à un unique justiciable, qui serait ensuite, de surcroît, identifié aux crimes dont on l'accuse.

PHILIPPE COMBESSIE (2007)

De façon générale, on peut se poser la question de savoir quelle est la source des difficultés vécues par les proches des personnes condamnées : est-ce la commission d'une infraction qui génère des conséquences négatives pour ces personnes, ou est-ce la réaction à cet acte, émanant de l'État – la sanction pénale –, qui les induit ? On peut certainement répondre sans se tromper : les deux. Mais comment les acteurs et les actrices pensent-ils cette question ? Est-ce que leur représentation a un impact sur la manière dont ils choisissent des peines ? Est-ce que la question des « effets de la peine » est un élément important menant à la sélection de la peine ? C'est bien l'expression *effets de la peine*, qui est mobilisée dans le cadre de cette recherche, et qui a été proposée aux juges durant les entretiens. Une précision d'ordre méthodologique s'impose afin d'expliquer ce choix de vocabulaire.

L'utilisation de l'expression *effets de la peine*, qui attribue implicitement les difficultés des proches à *la peine*, ne signifie pas que nous réfutons les effets dévastateurs *des infractions criminelles* comme étant réels, et que nous ne le jugeons pas dignes d'intérêt. Néanmoins, contrairement aux *effets de la peine*, les *effets des crimes et des délits* ne souffrent pas d'un manque de visibilité dans le contexte du système pénal : ils se trouvent au cœur du procès et sont scrutés sous toutes leurs coutures par les acteurs et actrices judiciaires impliqué-e-s au cours d'une procédure pénale. Ils sont souvent spectaculaires lorsqu'ils sont publicisés par les médias, ils choquent, ils heurtent, ils font la une, bref, leur existence ne fait aucun doute. C'est plutôt un excès de visibilité qui les caractérise, qui agit essentiellement en défaveur des personnes jugées, et parfois de leurs proches :

[...] le système juridique permet, accepte, facilite, voire stimule la diffusion de l'information dépréciative par les media avant, pendant et après les sentences, transformant la liberté de presse en un redoutable « pilori moderne » (Bloch 1976). (Pires, 1989, p. 44)

Au-delà des médias et des représentations qu'ils véhiculent sur les conséquences des crimes, le droit accorde également une grande attention à ces conséquences : au moment de la détermination de la peine, les effets de l'infraction sont présents dans le raisonnement. Au Canada, la jurisprudence a reconnu de longue date que l'ampleur des conséquences de l'infraction sur la victime constitue un facteur de détermination de la peine : « [p]lus les conséquences négatives du crime sont graves et persistantes, plus ce facteur pèsera lourd dans la balance » (Parent et Desrosiers, 2020, par. 85), ceci étant vrai tant pour les conséquences physiques que psychologiques. D'ailleurs, quant aux *proches des victimes*¹⁸⁷, la Cour suprême affirme dans l'arrêt *R. c. Lacasse* (2015), sous la plume du juge Wagner, que « les séquelles subies par les proches des victimes peuvent constituer un facteur aggravant [...] » (par. 85). En Suisse, l'article central de la fixation de la peine prévoit quant à lui que l'atteinte causée par l'infraction constitue un des éléments centraux de l'évaluation de la culpabilité¹⁸⁸.

Or, le caractère souvent dramatique, parfois spectaculaire, des effets du « crime » semble faire obstacle à la perception des effets indésirables *de la peine*. En effet, contrairement aux conséquences de l'infraction, ces effets sont peu discutés quant à la personne condamnée, encore moins quant à ses proches. Nous avons vu que sur le plan légal, ces effets ne sont pas problématisés par le législateur en Suisse et au Canada dans le contexte de la détermination de la peine, sauf exceptions¹⁸⁹. De plus, la survalorisation des peines afflictives, qui caractérise la rationalité pénale moderne, rend la souffrance de la personne condamnée indissociable de la peine :

[...] à partir du XVIII^e siècle, le droit pénal va s'auto-observer et projeter un auto-portrait essentiellement punitif de lui-même. À ses yeux, seulement une procédure hostile et autoritaire [...] et accompagnée de sanctions afflictives peuvent nous défendre vis-à-vis le crime [...] Une particularité du droit pénal est

¹⁸⁷ Voir la section 4.1.2.

¹⁸⁸ « La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné [...] » (art. 47 al. 2 CP).

¹⁸⁹ Voir la section 1.3.3.

qu'il va créer et stabiliser une double expectative normative : la première porte sur le comportement et l'autre sur la sanction afflictive. On attend alors aussi telle souffrance comme réponse supposée juste, proportionnelle ou nécessaire à la transgression. (Pires, 2001b, p. 184)

La visibilisation des conséquences de cette peine afflictive requiert donc un effort particulier, dans la mesure où la souffrance de la peine est *désirée* par le système ; elle est *délivrée intentionnellement*, comme le formule Christie (1981). Comment les juges problématisent-ils/elles ces conséquences lorsqu'elles affectent les proches ? C'est la question empirique que nous avons voulu placer au centre de cette recherche.

Précisons qu'avec cette recherche, nous ne prétendons pas que toutes les difficultés vécues par les proches des personnes condamnées seraient causées uniquement par le système pénal – et notre objet n'est pas celui des difficultés que vivent les proches des personnes condamnées. Cette étude ne vise aucunement à trancher la question de la *causalité* des difficultés rencontrées par les proches. Cette question est tout aussi étrangère à ses objectifs, d'autant plus qu'elle représenterait une tâche impossible à saisir par une enquête rigoureuse. Chaque situation concrète vécue par des proches est si singulière qu'il serait bien imprudent de vouloir distinguer spécifiquement d'où proviennent chaque complication survenue dans leur vie en lien avec la condamnation de leur être cher¹⁹⁰. Cette recherche, tout comme notre posture durant les entretiens, a été mue par une volonté d'attirer l'attention spécifiquement sur les effets *des peines*, et de comprendre comment les acteurs et actrices *se représentent la thématique*, et c'est donc à partir de ce sujet spécifique que nous avons articulé les échanges.

Plusieurs participant-e-s ont spontanément associé en premier lieu les difficultés rencontrées par les proches à la commission de l'infraction, venant en quelque sorte remettre en question le lien « imposé » par l'expression que nous avons employée durant les entretiens. Pour certain-e-s, il convient de parler des *effets du crime* sur les proches,

¹⁹⁰ Pour une réflexion approfondie sur l'imputation causale d'effets au système pénal, voir l'excellent article d'Alvaro Pires, *Analyse causale et récits de vie* (1989).

et non de la peine ; la personne condamnée serait responsable des maux de ses proches. Nous présenterons maintenant nos observations à cet égard.

5.1.1 Les effets de la peine sur les proches dans les perceptions des acteurs et actrices : la croix du coupable

Dans le matériel empirique, les difficultés rencontrées par les proches sont souvent décrites par les acteurs et actrices comme étant corrélées essentiellement à *l'infraction commise* : si la personne condamnée n'était pas passée à l'acte, alors ses proches n'auraient pas été impactés négativement par ce dernier. Les extraits qui suivent montrent la responsabilité mise sur les épaules des personnes condamnées, parfois perçues comme les artisans du « malheur » de leurs proches :

JUGE #16 : Mais les victimes des personnes accusées sont souvent aussi leurs propres familles de façon collatérale. Il y a beaucoup de dommages collatéraux liés à un acte criminel commis par un être humain qui a des familles.

JUGE #2 : C'est pas la justice pénale qui va résoudre les problèmes de la société [...]. Que ce soit pour les enfants, [...] pour les conjoints, [...] pour les parents âgés, [...] pour toutes ces occasions manquées de la vie qui sont liées au fait que quelqu'un a fait une connerie. C'est terrible.

- **JUGE #4** : Et si on va vers les effets de la peine, [...] si on imagine par exemple une personne [...] qui [s'occupe] d'une maman âgée, est-ce que là [...] l'effet sur les proches pourrait être perçu autrement ?
- Le premier qui est responsable de ça n'est-il pas le prévenu qui, quand bien même il a une maman dont il s'occupe, a pris le risque de s'en voir éloigner par son comportement coupable ?

La peine est perçue ici comme un « risque » à prendre. Commettre une infraction reviendrait alors, pour l'infracteur/trice, à accepter ce risque et, en quelque sorte, à accepter la peine subséquente, comme le suggère Kant dans son approche de la sanction pénale : face à l'impératif catégorique qu'est la loi pénale, choisir son crime, c'est choisir sa peine. Plus loin, la personne participante insiste encore sur ce point :

JUGE #4 : Le parent n'est-il pas un peu maltraitant de commettre des actes qui pourraient priver ses enfants de son soutien et de sa présence ? Je pose la question. Je caricature un peu. Mais n'est-ce pas aussi une forme de maltraitance que de permettre la stigmatisation de son enfant ?

Cet-te autre juge endosse la même perspective :

JUGE #5 : [...] tu peux être responsable de la peine que tu fais à tes proches. Ça aussi ça fait partie de la responsabilité. Puis c'est lourd des fois sur les accusés. [...] La douleur qu'ils causent à leurs proches est un fardeau énorme sur leurs épaules. Énorme ! Parce que le petit gars à l'école : « Ton père est un meurtrier. Ton père est un violeur. Ton père est un pédophile ! » [...] Ça existe.

Exposant ensuite une situation de féminicide, il/elle insiste ensuite sur les conséquences d'un tel geste sur les enfants de la personne condamnée :

- **JUGE #5** : [...] le tort que ça cause aux enfants [...].
- **Là on parle du tort de l'infraction ?**
- Oui. Bien le tort des accusations sur les enfants. Ça peut difficilement... parce que les enfants ou les proches de l'accusé, ce sont des victimes innocentes [...] du crime.

Dans d'autres extraits encore, on retrouve l'idée que la personne condamnée, au-delà de sa responsabilité *pénale*, endosse également une responsabilité *morale* à l'égard de ses proches ; la commission d'une infraction devient alors le témoin d'un manquement à ses obligations à leur égard :

JUGE #2 : [...] ce sont les actes de l'auteur qui font que les proches sont impactés. Et ça, [...] c'est malheureusement une croix que l'auteur a à porter parce qu'il a aussi fait subir ça à ses proches. Ça veut dire quelque chose.

Les regrets parfois exprimés par les personnes condamnées sont alors mobilisés pour valider cette perspective :

JUGE #2 : [ce] qui revient régulièrement dans le discours des personnes [condamnées] c'est qu'[elles] regrettent ce qu'[elles] ont fait subir à leur famille. Parce que c'est clair que c'est violent. Le fait d'avoir fait souffrir sa... et d'avoir déçu leur papa et leur maman, [...], [ça] revient souvent dans le discours des personnes qui sont détenues [...] le regret d'avoir fait subir ça à leurs proches [...].

Cette forme de problématisation, où les actes de la personne condamnée sont représentés comme étant la source des difficultés vécues par ses proches, s'observe

dans la jurisprudence canadienne, nous l'avons décrit précédemment¹⁹¹. Elle a aussi été observée par Minson ; les entretiens qu'elle a menés auprès de juges ont montré que cette perspective *responsabilisante* à l'égard du justiciable est endossée par certain-e-s :

[...] a few judges in this sample [believe] that the consequences of maternal imprisonment which affect dependent children are entirely the responsibility of the defendant mother. For that reason the court does not need, nor should it try, to reduce the harms which might be suffered. (2020, p. 141, nous soulignons)

Selon cette perspective, les difficultés que peuvent rencontrer les proches des personnes condamnées découlent avant tout de l'acte délictuel et seraient donc attribuables essentiellement à l'infracteur, qui serait le/la seule à blâmer. Cette causalité a deux implications importantes quant aux rationalités en jeu dans le choix de la peine. D'abord, le lien causal établi entre l'infraction et les difficultés des proches induit un élargissement du spectre des conséquences de l'acte. Cette extension des effets de l'infraction est parfois considérée comme augmentant la culpabilité de l'auteur/trice, et servira alors à justifier une *aggravation* de la peine imposée¹⁹². Ensuite, elle induit un hiatus entre la décision pénale (par exemple la peine de prison) et ses potentiels effets. On le voit dans les constats de Minson, si l'on considère la personne condamnée comme étant l'unique responsable des difficultés vécues par ses proches, les tribunaux n'ont alors aucune raison de considérer ces conséquences dans le cadre du *sentencing*¹⁹³ : non seulement ils n'ont pas besoin de le faire, mais ils ne doivent même pas essayer.

Quelques extraits témoignent de l'ambivalence de certain-e-s juges relativement aux *sources* des difficultés rencontrées par les proches en lien avec les effets de la peine. Elles sont alors décrites comme multiples, voire insaisissables :

— **JUGE #18** : Mais la mesure de cet impact-là, souvent, va se développer puis va s'installer à long terme. À long terme, ils vont toujours porter quelque chose à la suite de l'événement. Je sais pas si...

¹⁹¹ Voir la section

¹⁹² Nous reviendrons sur l'aggravation de la peine en lien avec l'existence des proches dans la section 6.2.1.2.

¹⁹³ Voir à cet égard la section 6.2.2, où nous observons que les effets de la peine sur les proches ne sont parfois pas pris en compte dans le contexte de la détermination de la peine, parce qu'ils sont perçus comme étant *extérieurs* au système pénal.

- **Donc vous dites de l'infraction ?**
- [...] De l'infraction. [...] Des procédures judiciaires. Du fait dans certains cas de devoir être présent à la cour pour témoigner ou encore [...] pour entendre ce qui s'est passé. C'est traumatisant ça aussi pour des gens. [...] [Q]uand ils sont à la cour puis qu'ils entendent ce qui s'est passé [...]. [Ç]a a des conséquences puis des séquelles pour les proches. [...] c'est comme l'information qu'ils reçoivent. Ils entendent ça durant la journée puis les journaux, la TV, partout, quand c'est médiatisé écoute, c'est coast to coast. Et ça s'installe et progressivement il y a des impacts qui vont suivre de ça. À court terme et à long terme. (nous soulignons)

JUGE #2 : J'ai jamais vu de situation où on tienne compte par exemple de parents âgés, qui est aussi un argument qu'on nous sort parfois. Mais là, ma foi, c'est la vie, c'est terrible mais c'est la conséquence des actes de la personne sur... ça fait partie des conséquences inévitables de la peine, mais c'est pas des conséquences sur la personne elle-même, donc les effets ricochets sont pas vraiment pris en compte. (nous soulignons)

Les *sources* des effets vécus par les proches sont ici entremêlées, sans qu'il soit possible d'attribuer une cause précise et unique à ces effets. Tant la survenance de l'infraction, le déclenchement de la procédure pénale et l'infliction d'une sanction sont associées aux difficultés rencontrées par l'entourage des personnes condamnées. Par ailleurs, on voit encore une fois que les conséquences d'une peine sont décrites comme « inévitables », comme si le choix de la peine n'avait pas d'incidence sur les conséquences de celle-ci ; on observe ainsi une déconnexion entre l'acte de choisir une peine et les implications concrètes de ce choix¹⁹⁴. Enfin, précisons que dans le corpus, un-e seul-e juge a *explicitement* distingués les effets du « crime » de ceux de la peine :

JUGE #12 : Dans notre système pénal [...] la victime tient pas une importance très fondamentale [...]. [...] Alors pour moi [...] les enfants du condamné [...] dans le système c'est « encore moins », entre guillemets – c'est pas un jugement de valeur – que la victime officielle du crime. C'est une victime collatérale, c'est une victime secondaire, mais c'est pas une victime du crime. C'est une victime de la peine qu'il faut prononcer en raison du crime, à la demande ou pour satisfaire le plus grand nombre. (nous soulignons)

Ici, on observe une forme de hiérarchie qui s'installe quant aux préoccupations du système, et surtout quant à ses destinataires, dont le fondement peut être compris à partir des travaux de Pires (2008a). Sur le plan des idées, il observe en effet une transformation

¹⁹⁴ Nous reviendrons sur cet aspect plus en détail dans la section 5.4.1, où nous observerons que les effets de la peine sur les proches sont parfois représentés comme étant une « fatalité ».

qui s'opère entre le XII^e et le XVIII^e siècle, où l'infraction n'est plus perçue comme une offense faite à un individu mais au Souverain ; ensuite, dès le XVIII^e siècle, c'est la Société dans son ensemble qui est représentée comme la première « victime » de l'infraction. Celle-ci devient la première destinataire de la sanction, qui vise alors à protéger l'« intérêt public ». Dans le dernier extrait cité, on observe la distance installée entre la peine et la préoccupation pour les proches : c'est la « Société » (le « plus grand nombre »), qui doit être satisfaite par la peine. Viennent ensuite la ou les victimes, et en queue de peloton, éventuellement, arrivent les proches. Plus on avance dans cette hiérarchie, plus le rôle pouvant être joué dans le choix de la peine est moindre.

5.1.2 Les effets de la peine sur les proches : la responsabilité du système pénal ?

The impact of incarceration on families is not acknowledged by the public or by the government as an area of social responsibility to be addressed.

STACEY HANDEM (2008)

Alors que dans le corpus, la responsabilité de la personne condamnée est mentionnée à plusieurs reprises pour expliquer les difficultés vécues par les proches, l'idée d'une *responsabilité* du système pénal à l'égard de la personne condamnée et envers les conséquences de sa condamnation, activée par les acteurs et actrices responsables de la détermination de la peine, est absente du matériel empirique. Par rapport à la décision sur la peine, les données analysées ne portent aucune trace d'une position qui mettrait en avant *les obligations du système* à l'égard des conséquences générées par son action – en l'occurrence par la peine. L'idée d'une telle responsabilité a été décrite par Garcia à partir de l'expression « éthique de l'action en boucle », qu'elle décrit ainsi :

L'action du droit doit se concevoir en boucle, c'est-à-dire dans le sens d'une logique bilatérale où, dans la réponse à un conflit, le droit peut exprimer ses valeurs positives. [...] [L]e droit doit exprimer et reconnaître ses propres valeurs éthiques et positives (de justice, de modération, de protection de la liberté, de protection de la vie, d'indépendance devant les pressions externes, de réserve dans l'utilisation de mesures contraignantes, etc.) dans les opérations juridiques qu'il accomplit [...].

[...] [En droit criminel] [l']éthique de l'action en boucle obligerait [...] à se responsabiliser par rapport aux conséquences de la peine choisie sur la personne condamnée. L'idée est la suivante : si l'acteur du droit n'est pas responsable des gestes graves commis par un individu, il est et reste toujours responsable de la manière dont il y réagit institutionnellement. Dans sa réaction, il doit garder présentes les valeurs positives fondamentales du droit et la valeur éthique des différentes options de réaction parmi lesquelles il peut choisir. (2020, p. 663-664, nous soulignons)

Or, comme le montrent les données, les valeurs positives dont parle Garcia vont difficilement s'actualiser dans le processus décisionnel lorsque la réaction étatique – en l'occurrence la peine – n'est pas appréhendée comme étant étroitement liée à une *responsabilité institutionnelle*, à l'égard de la personne condamnée et des effets que la décision peut exercer sur elle, ainsi que sur son entourage. Ce constat résonne avec les propos de Christie, qui décrit la *neutralisation de la culpabilité* des personnes chargées de la décision :

An automatic connection has been created between crime and punishment whereby, once the crime has been classified, the measure of suffering to be inflicted has also largely been decided. It absolves the individual executor from any kind of personal responsibility for the infliction of suffering. It is the criminal who first acted, he initiated the whole chain of events. The pain that follows is created by him, not by those handling the tools for creating such pain. (1981, par. 6.2, nous soulignons)

La perspective voulant que ce soit la personne condamnée qui soit blâmable pour les effets de la sanction imposée semble ainsi faire écran à la possibilité de *voir* la responsabilité des décideurs/décideuses dans les effets de la peine. On pourrait dire qu'il semble manquer, dans les idées observées, une éthique du « condamner l'autre », qui impliquerait de *prendre au sérieux* les conséquences de la peine infligée, une responsabilité non pas « personnelle » comme semble l'indiquer Christie, mais certainement une responsabilité institutionnelle liée à la qualité des interventions juridiques et à son adéquation au cas concret. À cet égard, Dubé et Labonté ont bien décrit les implications de deux conceptions de la sanction fondées sur des positions antagonistes. D'abord, la peine kantienne, rétributive, fondée sur une « éthique du contre-l'autre » :

Dans une éthique du contre-l'autre, les valeurs associées aux droits de la personne sont protégées pour les uns contre les autres et justifient paradoxalement ainsi leur propre transgression dans les modes d'intervention : nous portons atteinte à la vie, à la liberté, à la propriété et à la dignité humaine au nom de la protection qu'exigent les mêmes valeurs. (2016, p. 698, nous soulignons)¹⁹⁵

Ensuite, s'appuyant sur les travaux de Lévinas, ils décrivent une conception de la peine où un fil invisible relie les autorités à la personne condamnée, les empêchant d'affecter les valeurs qu'ils mobilisent dans le cadre de leur intervention :

Lévinas parle d'une « transcendance du « pour-l'autre ». L'obligation qui en découle n'a pas pour source l'autorité du tribunal ni l'émotivité de la victime et encore moins la confiance du public dans l'administration de la justice : elle vient plutôt de ce lien d'humanité qui, d'un point de vue philosophique ou éthique, continue malgré tout de nous unir les uns aux autres. Le crime peut certes froisser la conscience collective, mais, selon cette conception, il ne peut jamais effacer le lien dont découle notre responsabilité envers l'autre. (2016, p. 696, nous soulignons)

Si l'idée d'une telle responsabilité n'est pas présente dans les données récoltées, ce-tte juge s'interroge néanmoins, dans une posture réflexive, sur les coulisses cognitives de la perspective attribuant toute la responsabilité de la peine à la personne condamnée :

JUGE #2 : [...] je crois que la réflexion essentielle c'est de se dire, oui bien sûr on pense aux proches, j'veux dire on en est conscients, mais on pense aussi – je pense c'est une manière de se dédouaner hein – de se dire finalement c'est pas nous qui privons le proche d'une source de revenu, [...] d'affection, d'un lien, mais c'est le prévenu lui-même, c'est la personne qu'on condamne elle-même qui est finalement la première personne responsable de ça. (nous soulignons)

Cet extrait permet d'ouvrir la discussion sur le point de cécité observé dans l'analyse quant au rôle des acteurs/trices relativement aux conséquences qui découlent de la peine : l'attribution de la responsabilité *de la peine* à la personne condamnée est susceptible de former une barrière cognitive, qui fait écran à la perception des effets

¹⁹⁵ Ce paradoxe est également observé par Pires quant à la première *théorie de l'homicide légal*, formulée par St Thomas d'Aquin, qui « [...] accepte comme point de départ [l]e droit absolu à la vie et qu[i], malgré cela, [...] va tenter de nous convaincre qu'il est possible d'y déroger sans nier ce point de départ [...]. [L']autorité peut s'autoexclure intégralement de l'interdiction de tuer ; elle peut se placer à l'extérieur de son propre interdit [...] » (2012b, p. 21 et p. 23, nous soulignons).

qu'une peine peut impliquer pour l'entourage des personnes condamnées. Cette attribution de responsabilité peut induire une forme de déni face aux conséquences potentielles d'une condamnation. Dans son ouvrage *Condamner* (2015), Kaminski fait un parallèle entre les constats tirés par Matza en 1964, dans *Delinquency and Drift*, sur les processus de « neutralisation de la culpabilité » chez les jeunes délinquants, et ceux observés chez les juges qu'il a interrogés sur le sens donné à la condamnation :

Le malaise des juges devant la consigne d'entretien peut, sous certaines de ses manifestations, être entendu comme l'épreuve par laquelle ils tentent, comme représentants de la justice, de neutraliser la culpabilité à laquelle ils sont condamnés. (2015, p. 324).

Or, face à ce besoin de *neutraliser* la culpabilité associée à la condamnation, « [[es juges semblent procéder de la même manière que les délinquants, malgré la légitimité de leurs pratiques » (Kaminski, 2015, p. 324). Parmi les procédés observés chez les jeunes par Matza, puis chez les juges par Kaminski, relevons-en deux décrits par ce dernier. D'abord, *le déni de responsabilité* : « le contexte du métier (la loi), le système, l'inscription du travail dans son amont et dans son aval, expliquent et excusent les pratiques "obligées" des juges » (2015, p. 325). Ensuite, *le déni de la victime* : « le condamné n'en est pas vraiment un, puisqu'il subit une forme juste, méritée de réaction » (2015, p. 325). Le besoin de justification observé par Kaminski quant à des pratiques par ailleurs légitimes peut s'observer dans le matériel empirique, où l'idée de « ne pas avoir le choix » ressort plusieurs fois (déni de responsabilité) :

JUGE #8 : [...] écoutez, s'il l'a tué ou s'il l'a blessé ou l'a rendu invalide, il a commis un crime là, on a pas le choix, tu as pas le choix, c'est obligé d'aller en prison parce que la peine... le crime est trop sérieux [...].

JUGE #17 : [la sœur de la personne condamnée] elle avait compris que j'avais pas le choix avec la sentence. [...] J'essayais de joindre quelques mots d'encouragement mais... [...] je me regardais dans le miroir puis je me trouvais un peu absurde dans mes propos. Puis d'ailleurs, la plupart des juges, quand ils ont à rendre une sentence [très longue], les propos vont être assez brefs. Ils vont dire : « Écoutez, en vertu de la loi, je suis obligé de faire ça, alors bonne chance. C'est tout. On s'arrête là ! » Parler de l'avenir c'est... [...].

JUGE #13 : [...] quand on envoie quelqu'un en prison... un certain nombre d'années, et que ça n'a rien à voir avec une affaire de violences domestiques,

on sait bien que les enfants vont aller voir leur parent en prison. Pendant des années. Donc c'est sûr qu'on y pense quand même. Ça veut pas dire qu'on ne le fait pas, parce que de temps en temps, voilà, parfois on n'a pas le choix.

Cette référence à l'absence de choix quant à la peine s'inscrit dans la théorie rétributiviste développée par Kant, qui fait de la peine – tout comme de la loi pénale – un impératif catégorique :

Kant souligne que l'autorité chargée de veiller à l'application de la loi pénale n'a d'autre choix que d'entamer une procédure face à toute infraction pertinente et, en cas de condamnation par le tribunal, de punir la personne coupable. Il s'agit de *devoirs incontournables* de l'autorité. Kant serait farouchement opposé aux démarches du pouvoir judiciaire ou exécutif visant à déjudiciariser les litiges susceptibles d'aboutir à une condamnation pénale et à toute décision du tribunal visant à atténuer la peine équivalente au mal causé. (Pires, 2008a, p. 212)

Par ailleurs, au-delà du rétributivisme et comme le décrit Garcia (2013), « toutes les théories fondatrices du droit criminel moderne ont renforcé, chacune à sa manière, l'obligation de la punition en réponse au crime » (p. 56). Dans le matériel empirique, on peut observer en trame de fond l'influence de la rationalité pénale moderne, au sein de laquelle la punition est perçue comme obligatoire (Garcia, 2013). L'idée voulant que la responsabilité de la peine soit attribuable essentiellement à la personne condamnée (dénier de la victime), induisant également une forme de déni de ses proches, est également présente dans les données, nous en avons parlé précédemment¹⁹⁶.

Nous verrons toutefois que si les acteurs et actrices expriment souvent l'idée de *ne pas avoir le choix* quant à la sanction imposée, et ont tendance à voir les difficultés des proches comme découlant de la responsabilité de la personne condamnée, les données indiquent *une prise de responsabilité* des juges dans certaines situations spécifiques. Lorsque nous décrirons les rationalités de prise en compte des proches, nous verrons que face aux effets envisagés d'une peine de prison sur ces personnes, alors les acteurs et actrices s'emparent de leur pouvoir discrétionnaire pour les *limiter* ou les *éviter*¹⁹⁷. Ainsi,

¹⁹⁶ Voir la section 5.1.1.

¹⁹⁷ Voir en particulier la section 6.1.1, où nous montrerons que les effets de la prison sur les proches sont employés en tant que critère pour déterminer la peine.

si le droit ne favorise pas une « éthique de l'action en boucle » (Garcia, 2020)¹⁹⁸ face à l'acte de choisir la peine, nous verrons que les acteurs et actrices *agissent* parfois en mobilisant une telle posture.

5.1.3 Effets du « crime », effets de la peine : de la nécessité de séparer deux réalités

Si la relation causale entre le « mal du crime » et le « mal de peine » est souvent présente dans les données, et se retrouve parfois dans la littérature, cette perspective a aussi fait l'objet de critiques¹⁹⁹. Par exemple, Landreville, Pires et Blankevoort ont problématisé les fragilités et les pièges d'une telle approche dans leur recherche sur les *coûts sociaux du système pénal*, et invitent à éviter l'amalgame entre ces derniers et les « coûts du crime » :

[...] certaines recherches sur les coûts du crime tiennent compte des coûts monétaires de l'administration de la justice pénale. On les nomme souvent significativement, coûts indirects du crime. Pour ces recherches (ou mieux dans cette façon de concevoir et de poser des questions à la réalité), les coûts monétaires du système pénal ne sont pas, par définition, des coûts du système pénal : ils sont des coûts du crime. C'est-à-dire que les « coûts de notre manière d'intervenir » (ceux du système pénal) se justifieraient plus ou moins bien par l'existence préalable de certains problèmes (ceux que nous appelons *crime*) dans la société. On esquivé alors tout blâme en justifiant plus ou moins bien nos erreurs par l'existence préalable de « crimes ». Dans cette logique, si la prison nous coûte très cher, ce n'est pas parce qu'on l'utilise abusivement, mais parce qu'il y a beaucoup de crimes...

Or, nous ne devons pas confondre le problème que certaines situations ou certains comportements posent avec le problème que certaines formes d'intervention et de « pseudo-résolution » de conflits posent. Comme certains auteurs l'ont déjà souligné (Lemert, 1967), nous ne devons pas confondre « la

¹⁹⁸ C'est-à-dire une éthique qui « obligerait [...] à se responsabiliser par rapport aux conséquences de la peine choisie sur la personne condamnée » (p. 664) ; voir les pages 243-244 où nous décrivons cette éthique.

¹⁹⁹ À ce propos, précisons que les observateurs/trices des coûts sociaux de l'intervention pénale que nous avons présentés dans le premier chapitre articulent essentiellement leur analyse autour de l'idée que la *réponse étatique* apportée à un acte dit délictuel ou criminel génère des effets. Toutefois, la perspective qui établit une relation causale établie entre l'infraction commise et les effets de la peine infligée à sa suite se retrouve fréquemment dans la littérature relative à l'« économie du crime ». Par exemple, dans le cadre de leurs travaux, Czabanski (2008) ou encore Brand et Price (2000) parlent des coûts économiques et sociaux du crime – et non de l'intervention ou de la sanction pénale. En cherchant à analyser combien coûte financièrement le fonctionnement système pénal, ces auteurs prennent comme facteur de déclenchement d'un coût le crime, et non la réaction qui lui est opposée par l'État. D'autres auteurs emploient aussi la notion de « coûts sociaux du crime », comme Aubert et Mary (2015), qui s'appuient sur les travaux de Törnudd.

logique du problème » avec la « logique de l'intervention ». Cela signifie que, pour pouvoir évaluer vraiment en profondeur ce qui se passe au niveau du système pénal, il est beaucoup plus fécond empiriquement et théoriquement de considérer ces deux réalités séparément. (1981, p. 15-16, nous soulignons)

La perspective selon laquelle le crime commis justifie les coûts de l'intervention pénale apparaît également problématique à d'autres auteurs parce qu'elle occulte le fait que la réaction choisie et déployée par le système pénal est *autonome* par rapport à la transgression : comme le rappelle Kaminski (2006), le fait de punir le « crime » par la prison est aussi un choix politique, sachant par ailleurs que d'autres formes de sanctions ou de réactions existent. Cet élément invite à ne pas perdre de vue que la sanction pénale *vient* du système pénal, et non de la personne condamnée, comme le remarque pareillement Mégret :

L'honneur de la justice pénale serait [...] de s'intéresser à ses conséquences systémiques et ne pas attribuer celles-ci entièrement au criminel. À ce dernier la responsabilité de son crime ; à la société celle qui découle de sa répression. La faute de l'un n'absout pas la responsabilité de l'autre. (2019, p. 260, nous soulignons)

Encore une fois, c'est bien le *système pénal* qui est responsable *pour la peine* ; le choix de l'intervention lui revient intégralement. Mégret insiste sur ce point et, plus particulièrement quant aux proches, sur le caractère problématique de la perspective selon laquelle la personne coupable serait responsable des maux vécus par son entourage :

[...] l'invisibilité de la famille du condamné participerait plus profondément d'un phénomène de dédouanement de la justice pénale par rapport à ses conséquences, en faisant porter la responsabilité de ces conséquences au seul condamné. Le criminel, en commettant un crime, ne se « punirait pas seulement lui-même » mais devrait concevoir qu'il « punira également sa famille ». Dans une perspective ultra-responsabilisante, le condamné est toujours la seule source du tort causé aux autres qu'il sait découler potentiellement de ses actions, quand bien même on peinerait à justifier l'infliction de ce tort au niveau social. La justice pénale se cacherait ainsi derrière le criminel, refusant de ne voir en celui-ci que l'élément déclencheur d'une sanction dont elle demeure en définitive entièrement redevable. (2019, p. 245, nous soulignons)

Responsabiliser la personne condamnée pour les conséquences de la *sanction*, c'est ainsi, en négatif, *déresponsabiliser* l'institution qui l'inflige, alors que c'est bien elle qui la

sélectionne parmi différentes possibilités. Les réflexions de Pires prolongent ce constat : dans ses travaux relatifs à la *théorie des peines radicales* élaborée par Saint Thomas d'Aquin²⁰⁰, Pires évoque les difficultés associées à la responsabilisation de la personne condamnée face à la peine qui lui est infligée : « [...] on attribuera très tôt la responsabilité pour le traitement subi au condamné lui-même [...]. On dira que c'est le coupable qui a choisi sa peine en choisissant son crime [le législateur n'y est pour rien]²⁰¹ » (2012b, p. 30). Il souligne en contrepoint la déresponsabilisation des autorités qui en découle, en s'appuyant sur les travaux de Dewey :

Une des conséquences de la théorie, c'est qu'elle déresponsabilise l'autorité pour la radicalité de sa réaction. Au début du XX^e siècle, Dewey se battait encore contre cette autopersuasion de la philosophie morale et juridico-criminelle qui considère que la responsabilité morale du choix de la procédure et de la peine revient au criminel lui-même : « Aucune quantité de faute de la part d'un malfaiteur ne nous décharge de notre responsabilité pour les conséquences sur lui ou sur les autres de notre façon de le traiter » (Dewey, 1930, 18-19). (Pires, 2012b, p. 25)

Comme nous l'avons relevé plus haut, la perspective ultra-responsabilisante évoquée par ces différents auteurs trouve écho dans les données. Considérant cela, précisons que nous avons répondu à l'invitation formulée par Landreville et al., à l'effet de séparer les deux réalités que sont les effets du « crime » et les effets de la peine : dans le cadre des entretiens, nous avons parfois dû ramener l'attention sur les effets *qu'une peine* peut engendrer, pour inviter les acteurs et actrices à s'y pencher de manière *authentique*. En guise d'éléments de réflexion, nous avons parfois exprimé l'idée que si l'acte qui déclenche l'intervention pénale vient bien de la personne condamnée, la peine, quant à elle, vient du tribunal, et plus largement du système pénal au sens large et de ses choix en matière d'intervention : elle *répond* certes à l'acte, mais elle *n'est pas* l'acte.

Amener les personnes interviewées à distinguer la « logique du problème » de la « logique de l'intervention », là a résidé une partie de notre travail durant les entretiens. Les données récoltées montrent néanmoins que cette distinction n'est pas toujours évidente

²⁰⁰ Sa théorie fut initialement appelée théorie de l'homicide légal par Italo Mereu, mais Pires lui préfère cette appellation, estimant qu'elle « indique plus précisément la portée qu'elle va prendre et correspond mieux au concept de la mort qui condamne que propose Mereu » (Pires, 2012b, p. 20).

²⁰¹ Les crochets sont de l'auteur.

et aisée à concevoir pour les acteurs/trices. La responsabilité pénale attribuée à la personne reconnue coupable tend à se dilater, le fardeau qu'elle porte à s'alourdir. Nous avons vu que Touraut a décrit avec le concept « expérience carcérale élargie » (2012, p. 1) les coûts de l'incarcération pour les proches des personnes détenues. Or, notre recherche empirique nous a permis de constater que si l'élargissement de l'expérience de la peine aux proches est parfois visible pour les acteurs/trices, cet élargissement est représenté comme la conséquence des actes de la personne condamnée. Les données indiquent ainsi que le système leur impute une « responsabilité élargie », à l'égard de ces effets : bien au-delà des effets directs de l'infraction qu'elles ont commise, les personnes condamnées se voient reprocher de *faire du mal à leurs proches*. La force d'attraction de cette idée est très présente dans les données récoltées, ce qui limite la perception des effets concrets de la décision pénale.

Nous allons voir maintenant qu'une autre clôture se dresse entre la peine et la perception de ses effets : celle induite par le choix des *mots* employés pour désigner ces effets.

5.2 Les effets de la peine sur les proches : le champ lexical

Dans le deuxième chapitre de la thèse, nous avons fourni une définition de l'objet d'étude en nous appuyant sur les travaux de plusieurs auteurs et autrices. Nous avons alors décrit les *effets de la peine sur les proches* de la manière suivante :

ce sont les effets *liés à l'infliction d'une sanction pénale*, qui sont *effectivement engendrés sans nécessairement avoir été poursuivis* (van de Kerchove, 2009), qui peuvent être bénéfiques ou indésirables (van de Kerchove, 2009), qui touchent des personnes *qui ne sont pas les destinataires directs de la décision juridique* (Garcia, 2020), et qui *affectent leur vie de manière significative* (Logan, 2013)²⁰²

Or, comme nous l'avons décrit précédemment, la littérature relative aux *effets de la peine* regorge d'expressions pour évoquer le fait qu'une sanction pénale puisse avoir des effets au-delà de sa sphère de destination initiale²⁰³. On parle parfois d'« effets », mais aussi de

²⁰² Voir page 51 de la thèse.

²⁰³ Voir la section 1.2.2.

« conséquences », d'« impacts », ou de « répercussions ». On parle aussi de « victimisation secondaire » ou de « coûts sociaux ». Ces effets ou ces conséquences sont accompagnés d'adjectifs, dont le nombre témoigne du flou qui entoure le traitement scientifique de cette thématique. Les effets de la peine – ou, parfois, il n'est fait référence qu'aux effets de la prison – sont dits « secondaires » et « indésirables » ; ils sont « préjudiciables » ou encore « nocifs », ils sont parfois « collatéraux », d'autres fois « indirects ». Ils sont « invisibles », « informels », ou encore « périphériques ».

En étudiant ce foisonnement de vocabulaire, nous avons mis en évidence son importance quant à la description des effets vécus par les proches en lien avec une peine. Comme le remarquent Condry et Minson, « [a]s social scientists, how we talk about and describe the lives of the people we study matters and indeed can contribute to their lived experience » (2021, p. 1). Qui plus est, le langage utilisé pour nommer ces *effets* va indubitablement influencer sur leur problématisation : il recèle un pouvoir quant à leur mise en lumière, mais également, à l'inverse, quant à leur invisibilisation.

Dans le champ de la littérature scientifique, le vocabulaire mobilisé pour nommer les *effets qu'une peine peut engendrer sur les proches* est très éclaté. On peut dire que cette idée ne possède pas de contours²⁰⁴. Qui plus est, nous avons observé que ces effets n'étaient nullement nommés, encore moins problématisés par la loi pénale²⁰⁵. Considérant cela, avant d'aborder de manière plus approfondie la perception des juges quant aux effets de la peine sur les proches, attardons-nous brièvement sur le vocabulaire employé par les personnes interviewées pour *nommer* ces effets. Durant les entretiens, nous avons systématiquement questionné les participant-e-s en mobilisant l'expression « effets de la peine sur les proches », sans la décrire précisément. Dans leurs réponses et durant nos échanges, ceux-ci/celles-ci ont utilisé d'autres expressions pour aborder ce thème. Nous décrirons maintenant les expressions utilisées par les juges, en les faisant dialoguer avec celles employées dans la littérature.

²⁰⁴ Voir la section 1.2.2.

²⁰⁵ Voir la section 1.3.3.

D'abord, la métaphore du ricochet, employée par Lehalle (2019b), revient à quelques reprises dans le matériel empirique, comme dans cet extrait :

JUGE #15 : [La souffrance des proches] [j]e dirais que c'est une souffrance par ricochet, donc la peine, en fait, a des conséquences sur la personne condamnée, et indirectement sur ses proches.

Les proches souffriraient en quelque sorte de la souffrance éprouvée par leur être cher (et non d'une situation qui leur est propre). Le qualificatif « indirect », ou comme-ci-dessus « indirectement », est très souvent utilisé²⁰⁶. Il est alors couplé soit avec le mot « effets », soit avec le mot « conséquences » :

JUGE #7 : [...] les conséquences indirectes sur la famille du délinquant prennent une deuxième place.

JUGE #2 : [...] l'effet indirect de la peine sur la famille [...].

JUGE #4 : Alors il y a des conséquences indirectes sur les enfants, sur les grands-parents, sur beaucoup de monde [...].

JUGE #12 : [...] la famille [...] va devoir supporter indirectement l'opprobre qui est lié au prononcé d'une peine. [...]. [Les] proches subiront les effets indirects de la peine sur leur propre personne.

Les termes « indirect » et « indirectement », on le voit, sont très présents dans les données récoltées, ce qui appelle à une réflexion sur leur utilisation. Celle-ci est susceptible d'engendrer, sur le plan cognitif, une prise de distance. Si les effets sur les proches ne sont qu'*indirects*, est-ce qu'alors, cela signifie qu'ils ne découlent pas *directement* de la décision pénale rendue par le tribunal ? Ce terme nous semble à tout le moins induire une fracture, une déconnexion entre les deux éléments que sont la décision d'une part, et ses effets d'autre part. À cet égard, les propos d'un-e avocat-e de la défense, relativement à

²⁰⁶ Rappelons que dans l'arrêt *R. c. Pham* (2013), la Cour suprême du Canada l'avait utilisé pour parler de certains effets des peines, mais sur la personne visée par la peine uniquement, voir la section 1.3.3.1..2. Si les acteurs et actrices ont peu parlé de cet arrêt, il a pu néanmoins exercer une influence sur le vocabulaire qu'ils et elles ont employé par parler de ces effets et sur la manière de les conceptualiser.

la qualité pour recourir des proches en lien avec une sanction pénale, sont intéressants à relever :

AVOCAT-E #2 : [...] si [...] des enfants demandent à l'autorité d'exécution de peines une autorisation de visite pour aller voir leur père et que l'administration refuse, [ces personnes] ont la qualité pour recourir parce qu'elles sont destinataires [de la décision]. Elles font valoir leur droit à entretenir des relations personnelles. [...] [E]lles sont atteintes dans leurs intérêts à eux... et là, sur le plan administratif, on va avoir une qualité pour recourir [dans le domaine de l'exécution de la peine]. [...] [D]ans le Cpp²⁰⁷ [...] il faut avoir un intérêt juridiquement protégé qui est directement atteint par la décision. C'est ça qui permet – ce « directement » – d'évacuer les proches du pré-sentenciel. (nous soulignons)

Cet extrait témoigne de l'effet que peut revêtir les qualificatifs « direct » ou « directement » : les proches sont maintenus à distance de la décision sur la peine, l'intérêt juridiquement protégé n'étant acquis qu'à la condition d'être le destinataire *direct* de la décision, soit d'en être juridiquement le/la destinataire²⁰⁸. Dans cet arrêt, l'usage du terme *indirect* implique une exclusion du cercle des proches quant à la capacité de contester une décision²⁰⁹ ; on voit ici l'ampleur que peut prendre le choix des mots.

Pour ce-tte juge, le qualificatif *indirect* est employé pour nommer des effets non-liés au « but » de la décision pénale :

JUGE #12 : C'est quand même dans l'intérêt du plus grand nombre que les peines soient prononcées, en tout cas pour les trucs les plus graves, même si

²⁰⁷ Code de procédure pénale suisse.

²⁰⁸ Dans le même sens, un arrêt du Tribunal fédéral suisse (ATF 145 IV 161) a donné tort à des proches qui souhaitent contester la décision d'expulsion respectivement de leur conjoint et de leur père, au motif que l'atteinte subie n'était qu'*indirecte*.

²⁰⁹ Voir notamment le considérant 3.3 de l'arrêt : « Les recourants seraient touchés de manière indirecte par cette mesure et, partant, par la décision l'ordonnant. Le caractère indirect d'une éventuelle atteinte causée au membre de la famille d'un étranger qui se voit dénier le droit de séjourner en Suisse est reconnu de manière constante par le Tribunal fédéral [...]. [C]ontrairement à l'étranger qui doit quitter le territoire suisse en y laissant sa famille, les membres de la famille de l'étranger expulsé ne subissent pas une atteinte à leur droit au respect de la vie familiale en raison de la décision d'expulsion, mais éventuellement par effet réflexe, s'ils font le choix [...] de ne pas suivre l'expulsé dans son pays d'origine. À défaut de subir une atteinte directe et immédiate de leurs droits, les membres de la famille du prévenu expulsé ne peuvent se voir reconnaître la qualité de partie au sens de l'article 105 al. 2 CPP. De même, ceux-ci ne disposent pas d'un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification d'une décision d'expulsion, seul un intérêt de fait - soit celui de pouvoir séjourner spécifiquement en Suisse avec l'expulsé - existant alors. » (nous soulignons).

bon, c'est sûr qu'on risque d'atteindre, de manière indirecte, évidemment sans que ce soit le but de l'opération, des proches du condamné. (nous soulignons)

Le caractère non-désiré d'un effet de la décision pénale le rendrait alors indirect. Or, bien que les effets sur les proches puissent effectivement s'avérer éloignés des objectifs associés à la peine par ceux et celles qui l'impose, cela ne signifie pas pour autant que ces effets *ne découlent pas directement de la sanction*. Décrire certains effets de la peine comme étant seulement des conséquences *indirectes* de la décision, au motif qu'elles excèdent les finalités projetées désirées par les autorités pénales, implique selon nous le risque de perdre de vue un élément essentiel : le fait que certains effets vécus par les proches découlent bien du *choix* d'opter pour une peine, plutôt que pour une autre. Pour illustrer cela, utilisons comme exemple la description faite par Minson des nombreux effets dommageables de l'incarcération parentale pour les enfants :

From the literature and the first-hand accounts given by children in England whose mothers are imprisoned, and those who care for them, it appears that children of imprisoned mothers may suffer a wide range of harmful impacts as a direct consequence of the imprisonment. [...] The physical removal of their mother from their lives, and the limitation of their relationship with their mother due to prison regulations is painful and difficult. Even when cared for within their wider families, children may lose their home, sometimes their siblings and their education can be disrupted. Those who take on their care do not always do so willingly, and the subsequent breakdown of family placements may cause harm to children. [...] Their feelings of isolation, due to their mother's removal from society, can inhibit their social and civic relationships. (2019, p. 532, nous soulignons)

Les difficultés décrites ici par Minson sont *directement liées* à la nature de la peine imposée, en l'occurrence une peine privative de liberté. Une peine non carcérale, par exemple de nature pécuniaire, n'aurait pas induit les mêmes difficultés, qui sont intrinsèquement attachées à la séparation induite par la prison. En ce sens, la survenance de cette séparation, quoiqu'elle puisse être qualifiée de « non désirée » dans le cadre du processus décisionnel, constitue bien le résultat direct et immédiat d'un choix opéré par le tribunal quant à la nature de la peine.

Dans le matériel empirique, l'idée que les effets d'une décision pénale sur les proches puissent être *directs* a été très peu mentionnée expressément, en employant ce vocabulaire ; elle l'est toutefois ici :

JUGE #1 : [...] si on prononce une peine pécuniaire c'est pas forcément [l'auteur] qui va la payer mais ça va coûter finalement à toute la famille, et probablement son épouse qui va être amenée à l'aider et contribuer au paiement de cette peine. Et où l'effet du droit pénal sur l'auteur de l'infraction est... biaisé, dévié, puisque finalement il a dévié à quelque part sur les proches. Directement. Ce qui n'est pas le but du droit pénal. (nous soulignons)

Contrairement à la position précédente, le constat que les effets du droit pénal puissent s'éloigner des objectifs de ce dernier n'est ici *pas couplé* avec l'idée que ces effets seraient indirects. L'image d'un effet « dévié », employée par l'acteur/trice, est intéressante. Le nom *dévi*ation peut se définir ainsi : « Action de s'écarter par rapport à la direction que l'on semblait normalement devoir suivre »²¹⁰. Les effets sont certes non désirés, éloignés du but visé par la peine, ce qui ne les rend pas pour autant dissociés de celle-ci : ils se déploient plutôt dans une autre direction.

Dans le matériel empirique, si le qualificatif *indirect* est fréquemment utilisé pour décrire les *effets de la peine sur les proches*, il l'est également pour désigner la manière dont ces effets sont pris en considération au moment de la détermination de la peine :

JUGE #13 : On prend pas en considération, dans l'arsenal juridique pénal, ni même dans la jurisprudence qui s'y rapporte, l'intérêt des autres parties [que le prévenu]. [...] C'est pris en considération de manière *indirecte* par le biais de l'intérêt privé de la personne. Mais [...] y ont pas un rôle primaire de prise en considération en droit pénal.

JUGE #11 : On va se poser [la question d]es conséquences d'une peine [...] sur le futur de la personne condamnée, et indirectement prendre en compte aussi l'influence de cette peine sur les proches.

Si les effets sont « indirects », leur prise en compte l'est-elle également ? Nous explorerons cet aspect de manière plus approfondie dans la portion relative aux

²¹⁰ Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL) : <https://www.cnrtl.fr/definition/d%C3%A9viation>

rationalités de prise en compte des *effets de la peine sur les proches*²¹¹. On observe à ce stade qu'à la barrière cognitive induite par l'attribution des effets de la peine à la personne condamnée, s'ajoute une autre distance : l'usage de l'adjectif *indirect-s*, utilisé pour qualifier ces effets, contribue à les maintenir cognitivement à distance. Les difficultés concrètes rencontrées par les proches en lien avec la sanction pénale s'éloignent encore un peu plus de la décision sur la peine.

Avant de cataloguer plus amplement les *effets de la peine* tels que décrits par les juges, nous traiterons maintenant d'une troisième zone d'éloignement des proches par rapport à la décision pénale : la perception, par les juges, du *moment* de production des effets sur les proches.

5.3 Le *moment* des effets sur les proches : la détermination de la peine, trop tard pour s'en préoccuper... ou trop tôt ?

Alors que cette recherche est centrée autour de la détermination de la peine, il nous est apparu, lors d'entretiens préliminaires avec des informateurs/trices clés, que la collecte des données ne devrait pas se limiter strictement à cette étape de la procédure pénale. En effet, ces échanges exploratoires ont montré que d'autres étapes étaient susceptibles de préoccuper les acteurs et actrices eu égard aux proches, et qu'il était important de ne pas circonscrire trop rigoureusement l'entretien, au risque de rater certains éléments utiles pour la compréhension plus globale de l'objet d'étude.

Par exemple, l'un-e des informateurs/trices clés, rencontré-e avant les entretiens officiels, estimait qu'au moment de la détermination de la peine, pour les proches, le mal était déjà fait : les effets négatifs que ces personnes peuvent vivre en lien avec une procédure pénale se déploieraient avant tout à partir de l'arrestation, et ces effets existeraient essentiellement lorsque la personne prévenue a été placée en détention durant

²¹¹ Voir le chapitre 6.

l'instruction du dossier. Nous avons voulu notamment explorer si cette perception était partagée par les participant-e-s à la recherche.

Ainsi, plutôt que d'imposer un prisme unique durant les échanges, l'approche adoptée s'est voulue flexible et nous avons laissé les personnes interviewées aborder le thème des effets sur les proches à partir de différents « moments » d'un dossier pénal, cela uniquement lorsqu'ils/elles le souhaitaient. Dans la présentation faite au début des entretiens, nous avons précisé que nos questions centrales s'articulaient autour de la détermination de la peine, mais qu'ils/elles demeuraient libres d'aborder d'autres étapes de la procédure pénale, s'ils/elles le jugeaient vraiment pertinent. Cette possibilité offerte a été utilisée souvent, comme en témoigne par exemple l'extrait qui suit :

JUGE #17 : [...] tout le processus criminel a un impact sur l'accusé, puis sa famille aussi. Imaginez, là, quelqu'un qui est accusé. Bien sa famille, ses enfants, sa femme... [...] [Ç]a a un impact. Tout le processus a son impact.

Au fil des entretiens, nous avons accueilli leurs points de vue à cet égard, tout en évitant de dévier trop drastiquement du cœur de l'étude. Nous avons recentré le propos sur la détermination de la peine lorsque cela s'est avéré nécessaire. Cette souplesse a permis de ne pas enfermer l'objet d'étude dans des cases trop exiguës, et de laisser aux personnes rencontrées l'espace pour évoquer des aspects de l'objet d'étude qui n'avaient pas nécessairement été pensés lors de la construction de la recherche.

Le souhait fréquent et spontané des acteurs et actrices d'aborder d'autres moments de la poursuite pénale est venu montrer comment la détermination de la peine est perçue au sein de ces autres étapes. Or, les données empiriques permettent d'observer qu'elle n'est souvent pas perçue comme étant le moment central de la production d'effets indésirables pour les proches. Par exemple ce-tte juge situe le véritable bouleversement pour les proches bien en amont du choix de la sanction :

JUGE #2 : Les proches sont pas partie à la procédure, mais ils sont évidemment [...] dans une sorte de maelström émotionnel, y a leur monde qui est chamboulé, y a souvent des perquisitions au domicile, enfin c'est hyper violent hein, une procédure pénale. Mais quand on arrive au stade de la fixation de la peine, ils ont déjà fait un travail pour intégrer ce qui s'est passé [...].

D'après cette perspective, au moment de la détermination de la peine, la poussière serait en quelque sorte retombée pour les proches. Pour plusieurs, c'est l'ensemble d'une procédure pénale qui a des implications pour les proches :

JUGE #18 : [...] ces gens-là [les proches] sont aussi très affectés d'une façon autre, mais sont aussi très affectés par les procédures judiciaires.

Nous ferons état maintenant des différents *moments* auxquels sont rattachés les effets sur les proches dans les discours des juges rencontré-e-s, qui s'étalent tout au long de la procédure, dès l'ouverture d'une instruction pénale jusqu'à l'exécution de la peine imposée. D'abord, plusieurs personnes interviewées situent les difficultés rencontrées par les proches tout au début de la procédure pénale :

JUGE #10 : [...] c'est extrêmement difficile. C'est extrêmement difficile pour la famille. Dès qu'il y a une procédure, même si vous êtes innocent...

JUGE #2 : [...] j'ai eu à gérer comme procureur-e ou juge d'instruction [...] des cas d'enfants placés dans une structure d'accueil parce que la maman était en détention, mais tout ça c'est de l'instruction, c'est pendant la procédure. [...] [C]'est souvent dans [c]es étapes antérieures que c'est important de faire attention aux enfants.

Pendant l'enquête, plusieurs moments sont perçus comme importants à considérer quant aux effets possibles sur les proches, comme l'organisation d'une perquisition :

- **JUGE #2** : [durant une procédure pénale] on essaie souvent de faire un certain nombre de choses quand on sait que les enfants sont [absents]. [...]
- **Donc déjà à ce moment-là c'est quelque chose que vous prenez en considération ?**
- C'est évidemment une préoccupation [...]. Le but c'est pas de traumatiser le reste de la famille. [...] [Y] a des fois où ne peut pas [...]. Mais [...] toutes les affaires financières où on doit faire des perquisitions, la règle numéro une c'est qu'on plante depuis six heures du matin, [...] une fois que les enfants sont sortis on y va. [...] C'est tellement logique, mais là on est pas dans la fixation de la peine [...].

Suite à une arrestation, le moment où un tribunal va décider de la remise en liberté de la personne accusée est souvent perçu comme étant important pour les proches²¹² :

JUGE #1 : [...] la personne appréhendée [...] si elle subit de la détention, ben y aura déjà de ce fait-là un effet [...] direct sur ses proches qui serait déjà de nature à impacter directement la vie de famille, le fait de soutenir financièrement ses proches, d'être simplement la personne en charge de l'entretien de sa famille, non seulement du fait de la restriction de ses libertés, de sa liberté personnelle quant à l'entretien de relations personnelles avec sa famille.

JUGE #17 : Puis à l'enquête sur détention, bien quand on parle d'impacts d'un cas criminel... parce qu'il y a la peine... Vous me parlez surtout de la peine, mais il y a tout le processus aussi. Il faut pas penser rien qu'à la peine.

Toujours durant l'instruction, des difficultés pour les proches découlant du maintien en détention sont décrites :

JUGE #2 : [...] au niveau des décision de procédure, [...] si on enferme un mari violent plus que quelques jours, vous détruisez la famille la plupart du temps, parce qu'on est encore dans un système où très souvent c'est le papa qui gagne plus d'argent. [...] [T]ypiquement dans [l]es cas de violences domestiques, on est dans une ambivalence complète, parce que c'est le soutien économique de la famille, parce que c'est le pilier quand même... c'est souvent le titulaire du bail [...]. C'est TELLEMENT complexe [...]. Enfin c'est très compliqué...

La complexité mise en relief ici est très souvent mentionnée en lien avec la prise en compte d'éléments liés aux proches au moment de déterminer la peine. Nous verrons plus loin que cette expérience de *complexité* semble jouer un rôle de frein quant à l'intégration d'éléments de cette nature dans le processus décisionnel²¹³. Ensuite, toujours en amont de la détermination de la peine, le moment du procès est évoqué par plusieurs personnes interviewées comme étant délicat pour les proches, notamment pour ceux qui doivent témoigner en lien avec les faits de la cause²¹⁴ :

JUGE #18 : Quand c'est des familles des accusés qui sont vraiment impliquées, dans le sens soit qu'ils étaient présents au moment de l'événement, [...] qui peuvent être des témoins qui apportent certains éléments qui sont pertinents pour la poursuite. Bon ! Évidemment l'impact des procédures judiciaires, du fait

²¹² Au Canada, cette étape procédurale s'intitule enquête sur remise en liberté (art. 515 à 526 C.cr.); en Suisse, il s'agit de la détention provisoire et de la détention pour des motifs de sûreté (art. 220 à 233 CP).

²¹³ Voir la section 6.2.3.1.

²¹⁴ À cet égard, voir la section 4.3.2.2.

de témoigner à la cour, [...] est extrêmement je dirais déstabilisant et a beaucoup d'impacts pour les familles. [...]. Et les impacts sont très grands et durant très longtemps. Durant très longtemps.

Encore quant au procès, une personne interviewée relève la peur qui peut habiter les proches des personnes accusées, lorsqu'elles sont amenées à témoigner ou à être en contact avec des proches de la personne victime de l'infraction :

JUGE #5 : Quand les familles des accusés viennent, ils ont peur de venir à la cour. Parce que les familles de la victime des fois... [par exemple pour] des affaires de meurtre, disent : « Oui, mais toi, tu peux aller le voir en prison, ton gars ! Moi, je peux plus la voir, ma fille. Je la verrai [plus] jamais ! [...] ».

À l'issue du procès, la reddition du verdict apparaît également pour certain-e-s juges comme un moment susceptible d'affecter fortement les proches. :

JUGE #18 : [...] quand [les accusés] reçoivent le verdict là, écoute c'est comme un coup de massue. Et après [...], on réalise. [...] Quand tu as un choc, [sur le moment] tu peux pas réaliser pleinement tous [s]es impacts [...]. Alors je pense que c'est la même chose pour les proches d'un accusé. Parce que c'est sûr qu'au début [...] les proches vivent toujours l'espoir de retrouver la personne chez eux [...].

Quant au *moment* des effets sur les proches, les données montrent ainsi que les juges perçoivent certains effets de l'intervention pénale au sens large, tel qu'ils ont été décrits par la littérature, qui constate par exemple les effets de la détention avant jugement²¹⁵.

À l'inverse des points de vue décrits ci-haut, pour certain-e-s acteurs/trices, au moment où la décision sur la peine est rendue, il n'est pas possible d'en évaluer concrètement les effets, ceux-ci se mesurant surtout dans la durée. Le moment de la prise de décision n'est alors pas associé à la *génération* des effets, comme dans cet extrait, où ces derniers sont perçus comme insaisissables au moment de la détermination de la peine :

JUGE #18 : Une fois que la peine est imposée, c'est souvent par la suite que l'impact se mesure mieux. [I]l y a entre autres des enfants ou des personnes qui sont près de l'accusé qui vont vraiment [...] plus être capable de reprendre leur vie en main parce que cet impact-là est... c'est comme s'il se développe plus avec le temps. [T]u as le choc de l'événement, des procédures. Et après tu as

²¹⁵ Voir la section 1.1.2, et notamment Whittle (2019).

l'impact qui va s'installer. C'est-à-dire l'absence de l'accusé. L'absence de ressources. [...] [C]'est au moment où tu as cette absence-là [,] où reprend la vie autrement que là tu peux mesurer un impact important de la peine. C'est sûr qu'au moment des représentations sur la peine on peut dire des choses, c'est-à-dire que bon bien monsieur [ou madame] est un soutien [...]. Tout ça. Mais mesurer vraiment l'impact réel, c'est au fil [...] des mois et des années que là on peut vraiment mieux saisir l'importance de l'impact. (nous soulignons)

Le caractère incertain et subséquent des effets d'une peine rendrait leur *visibilisation* difficile lors des représentations sur la peine ; il contribuerait alors à limiter les possibilités de les prendre en considération lors du processus décisionnel :

JUGE #12 : [...] j'ai déjà de la peine à déterminer quel sera l'effet prévisible de la peine que j'ai envie de choisir sur le condamné, que j'ai vu peut-être en face à face [...], dont j'ai vu le casier judiciaire [...]. [...] [C]'est difficile de faire des pronostics sur le condamné lui-même, alors imaginez quant aux effets que la peine pourrait produire sur son entourage... c'est presque une mission impossible avec ce qu'on a dans le dossier. [...] C'est pas que je veux pas, c'est pas que j'ai décidé que c'était pas important, mais je vous dirais que c'est quasiment hors de portée. (nous soulignons)

Un constat important ressort de cet extrait : l'absence d'informations sur les proches dans un dossier pénal est mise en relation avec la *capacité* d'envisager les effets de la peine à leur égard. On arrive au même constat que dans le chapitre précédent : l'absence de systématisme dans la collecte d'informations eu égard à la situation des proches nuit fondamentalement à la potentielle prise en compte des effets concrets d'une sanction. La difficulté d'avoir *accès à l'information* sur les proches amène les acteurs/trices à percevoir leur prise en considération comme extrêmement difficile. Ainsi, si imaginer les implications de l'imposition d'une peine de prison sur les liens unissant deux personnes n'est *a priori* pas si complexe à concevoir, cette visualisation semble relever d'une mission particulièrement complexe, voire « impossible »... Un autre extrait va dans ce sens-là :

JUGE #18 : C'est sûr qu'au niveau de l'imposition de la peine, [...] [d]ans certains cas peut-être qu'on est en mesure de savoir que les proches ont eu besoin d'aide. Dans certains cas, il y a ces éléments-là qui sont déjà présents, donc qu'on peut connaître, qu'on peut porter à l'attention, soit comme avocat ou soit comme juge, qu'on porte à notre attention. Mais mesurer l'impact ça prend un certain temps moi je pense. Mesurer vraiment l'impact réel. (nous soulignons)

Ainsi, pour ces acteurs/trices, les effets de la peine leur échappent ; ces propos sont intéressants à faire dialoguer avec la remarque de Kaminski :

[...] la sortie du système [pénal] est beaucoup moins nette que son entrée [...]. [...] [L]e suspect (à l'entrée policière du système) sort du système en tant que condamné ayant purgé sa peine [...]. Par ailleurs, les effets vécus (économiques, sociaux, psychiques) de l'expérience du système peuvent se prolonger sans fin programmée. On peut formuler cette imprécision du moment de la sortie en indiquant que le système d'administration de la justice pénale est un producteur d'extrants (outputs) qui devraient, selon la logique juridique, lui échapper ensuite. (2015, p. 70)

Dans le même sens, les données indiquent que pour certain-e-s, les conséquences *pragmatiques* de la peine apparaissent comme une terre inconnue et dont les paramètres seraient inaccessibles, comme si l'intervention des juges « constituait un aboutissement » (Kaminski, 2015, p. 333). Le moment de l'exécution de la sanction pénale, donc la matérialisation concrète de celle-ci pour la personne condamnée et ses proches, a été extrêmement peu abordé par les juges participant-e-s. Dans tout le corpus, un-e juge a exprimé son intérêt pour la situation de la personne condamnée et de ses proches après l'infliction de la peine, pendant l'incarcération le cas échéant :

JUGE #11 : [...] [S]ouvent ce qui nous manque aussi à nous les juges c'est d'avoir une vision de la situation ou de connaître... [...] Moi je m'intéresse beaucoup à l'exécution et à ce qui se passe après [...] pour la personne [...]. Souvent [...] je demande qu'un rapport me soit remis par le service d'exécution [des peines]. Mais ça c'est un peu propre à chaque juge. Je pense que si les juges, nous avons une vision de comment ça se passe après notre jugement, non seulement pour la personne incarcérée mais [...] pour l'entourage, les enfants, la famille etc., ça pourrait aussi je pense influencer certaines de nos décisions. Oui tout à fait ! Oui. Mais c'est une vision qu'on n'a pas. (nous soulignons)

Au-delà du caractère variable de la sensibilité des acteurs/trices au « post peine », cet extrait permet de relever un élément important quant à la visibilité par les tribunaux des effets de leurs décisions sur les proches, mais également sur les personnes condamnées : fort souvent, les juges n'ont pas accès à l'information relative *aux suites concrètes* de leurs décisions sur la peine. Le manque d'accessibilité aux informations liés à l'expérience concrète de la peine est évoqué par plusieurs juges :

JUGE #12 : [...] c'est déjà difficile de prévoir les effets de la peine sur celui contre qui elle est prononcée, qu'on sera bien en mal, surtout avec les infos dont on dispose, de dire comment les proches subiront les effets indirects de la peine sur leur propre personne. Donc je ne dis pas que c'est utopique, mais je suis pas très loin de le penser. (nous soulignons)

JUGE #8 : La prison... [...] Avec votre conjoint, [...] vous serez pas devant lui ou elle à tous les soupers, c'est sûr. Vous ne serez pas dans la maison. [...] Ce bout-là est terminé. Est-ce que le statu quo va se maintenir durant toute la période de détention ? Ça, Dieu seul le sait. C'est pour ça qu'une peine d'emprisonnement, c'est sérieux.

JUGE #7 : Quand on impose une peine, des fois, il y a des cas où c'est presque théologique. C'est une profession de foi. On fait le saut de l'ange puis on espère que ça va bien se [passer].

Entre utopie et prière, les effets de la peine sur les proches apparaissent ici comme relevant plus du domaine de l'imaginaire des juges, que comme des considérations tangibles et susceptibles d'affecter le processus décisionnel relatif à la peine²¹⁶. Comme pour l'identité des proches, les acteurs/trices se disent souvent ignorant-e-s quant aux effets de leurs décisions. Or, si l'on ne peut pas savoir si « ça va bien se passer », si on ne contrôle évidemment pas toutes les conséquences de l'intervention, les juges détiennent toutefois un large contrôle sur le processus décisionnel, et un pouvoir sur la qualité de l'intervention juridique²¹⁷.

Dans cette section, nous nous sommes intéressées aux *moments* où les actrices et acteurs situent les effets de l'intervention pénale sur les proches. Les données permettent d'observer deux perspectives différentes dans les représentations des juges : au moment de la détermination de la peine, les effets de l'intervention sur les proches seraient soit déjà survenus, soit encore insaisissables. Quoiqu'en apparence contradictoires, ces deux perspectives revêtent des implications similaires : *l'incapacité d'agir*, en tant qu'acteur/trice qui détermine les peines, sur les effets, soit passés, soit à venir, de la

²¹⁶ Nous verrons néanmoins que dans les données, les représentations des *effets de la peine sur les proches* sont proches de celles produites par la littérature (section 5.4).

²¹⁷ Nous reviendrons sur la question du pouvoir discrétionnaire des juges dans la section 5.4.1 ; nous verrons alors que les effets de la peine sur les proches sont représentés comme une fatalité, comme si le pouvoir discrétionnaire ne permettait pas d'agir pour les limiter, les éviter.

décision pénale²¹⁸. En adoptant l'une ou l'autre de ces positions, les juges se voient de fait extrêmement limités, ou plutôt auto-limités, dans leur capacité à prendre en considération les effets que leur décision pourrait engendrer, comme s'ils/elles étaient des acteurs/trices passifs/ves de la prise de décision, démunis-e-s de leur capacité de choisir une peine qui puisse limiter les dommages causés aux proches ; et comme si la *suite* de la détermination de la peine ne les concernait pas.

Pour réfléchir à ce constat, reprenons ici les propos de Bennett, cités précédemment : « [...] it would be a failure in the way society administers punishment if it were simply to impose it and walk away: it would be a denial of the kind of relationship that obtains between the one making the criticism and the one receiving it » (2017, p. 488). Puis Bennett poursuit :

Rather, this criticism goes, there are positive duties of respect and care that societies have to offenders, and which explain why it is wrong to simply treat it as the responsibility of offenders (and their dependants and communities) to deal by themselves with the consequences of their conviction. (2017, p. 488)

Ces propos nous amènent à réfléchir à la relation existante entre la détermination de la peine et le *futur de la peine* imposée. Nous venons de le voir, le caractère incertain de ce futur est susceptible de devenir un obstacle à une prise en compte de la matérialité d'une peine, une fois celle-ci prononcée. Ce constat rejoint les réflexions de Rudnicki (2021), qui s'est intéressé aux décisions sur la peine prises durant le premier confinement liée à la pandémie de Covid-19, dans la jurisprudence canadienne. Rudnicki observe alors que les tribunaux éprouvent des difficultés à tenir compte des effets futurs de leurs décisions, au motif que ces effets relèveraient de la spéculation. Il cite à ce titre les propos du tribunal dans la décision *R. c. Baptiste* (2020) :

[246] Section 718 C.C. and the proportionality principle are simply not the appropriate mechanisms to deal with *potential* or *future* difficulties to be encountered while serving a sentence. An attempt to do so would distort the sentencing process. Instead, parole authorities, public health officials and

²¹⁸ Nous verrons dans la section 6.2.2.1 que cette « incapacité d'agir » s'actualise dans les rationalités de prise en compte des effets sur les proches : nous avons observé que certains-e-s acteurs/rices ne perçoivent pas les possibilités d'agir du système pénal. La prise en compte de ces effets est alors rattachée au rôle d'autres institutions.

political decision makers are better suited to address these undeniably important issues.

Dans cet extrait, la *capacité* de prendre en considération certains effets d'une peine au moment du choix de celle-ci semble complètement évacuée par le tribunal, comme si elle était étrangère à la nature même du processus décisionnel. Celle-ci reviendrait uniquement aux autorités publiques, dont la mission s'inscrit *en aval* du prononcé de la peine. Or, pour Rudnicki, l'architecture de la détermination de la peine au Canada n'empêche en rien de se projeter dans le futur pour penser la sanction :

[...] there is nothing unusual about evidence-based predictions in Canadian law. [...] Judges in criminal cases are permitted to impose longer sentences in some circumstances based on predictions about dangerousness or likelihood of reoffence. Just because there is an element of uncertainty in the effect of a sanction on a defendant does not mean that a judge is precluded from considering what is most likely to occur in deciding a fit sentence.

Justice Galiatsatos is right that judges should not base sentencing decisions on speculation. But evidence about the likely experience of a sentence may come from a variety of sources. Section 723 of the *Criminal Code* gives a sentencing court wide latitude to admit relevant evidence in a sentencing proceeding, including hearsay. [...]

[...] Evidentiary gaps can be filled, and our law permits judges to draw conclusions based on what will probably happen. (2021, p. 480-481, nous soulignons)

Ainsi, pour Rudnicki, s'il est indéniable qu'au moment du choix de la peine certains effets de la peine ne soient pas encore *déterminés* ou *déterminables* avec exactitude, leur prise en considération n'en est pas pour autant exclue. Il prend pour exemple les pronostics posés relativement au comportement futur de la personne condamnée, par exemple quant au risque de récidive, qui sont fréquemment mobilisés lors du processus décisionnel. Or, le caractère *prévisionnel* de certains paramètres employés dans le cadre de la détermination de la peine ne semble pas être un support cognitif permettant de penser l'intégration des effets concrets de la peine sur des tiers ; dans le matériel empirique, il s'avère soit absent des discours relatifs à la prise en compte des proches, soit être présenté, nous l'avons vu, comme un obstacle à cette prise en compte.

Pour soutenir cette remarque, Rudnicki mentionne les réflexions de Kerr, relativement à la prise en compte des effets futurs de la peine, que nous reproduisons ici :

There are, of course, a number of evidentiary issues associated with asking courts to make decisions based on issues that will emerge after the court's decision, as *the place of imprisonment* cases make clear. The administration of a sentence inevitably occurs after it is announced, in a venue that is not the domain of the judiciary. But there is nothing unusual about asking a court to decide a legal issue on the basis of a prediction, and on the basis of evidence adduced from those with appropriate expertise. To take just one example, the calculation of damages for personal injuries is often concerned with future categories of loss. The question is always one of establishing a sensible evidentiary basis for a decision. (Kerr, 2017, p. 206, nous soulignons)

Cette dernière remarque, relative à la preuve associée à l'établissement de dommages futurs, trouve écho dans les données récoltées : on y observe une tendance chez les juges à souhaiter détenir des « preuves raisonnables », comme les nomme Kerr, des effets potentiels de la peine, afin qu'ils/elles puissent éventuellement les considérer dans le cadre du processus décisionnel.

Les données présentées dans cette section permettent d'observer une troisième barrière cognitive quant à la perception des difficultés rencontrées par les proches : celles-ci seraient étrangères à la détermination de la peine. Ce *moment pénal* n'est, pour certains, pas concrètement perçu comme étant associé aux difficultés rencontrées par les proches. Là encore peut s'observer une forme de déconnexion, ou à tout le moins l'établissement d'une distance entre le processus décisionnel et ses effets potentiels. Cette distance peut être mise en parallèle avec celle évoquée par Michel Foucault dans *Surveiller et punir*, lorsqu'il s'exprime sur le changement de paradigme opéré à partir de l'abandon des supplices dans la pénalité moderne :

Désormais, le scandale et la lumière vont se partager autrement ; c'est la condamnation elle-même qui est censée marquer le délinquant du signe négatif et univoque ; publicité donc des débats, et de la sentence ; quant à l'exécution, elle est comme une honte supplémentaire que la justice a honte d'imposer au condamné ; elle s'en tient donc à distance, tendant toujours à la confier à d'autres, et sous le sceau du secret. Il est laid d'être punissable, mais peu glorieux de punir. De là ce double système de protection que la justice a établi entre elle et le châtiment qu'elle impose. L'exécution de la peine tend à devenir un secteur autonome, dont un mécanisme administratif décharge la justice ;

celle-ci s'affranchit de ce sourd malaise par un enfouissement bureaucratique de la peine. (1975, p. 16, nous soulignons)

Or, les trois barrières cognitives présentées dans ce chapitre (l'attribution de la responsabilité des effets de la peine sur les proches à la personne condamnée, l'usage de l'adjectif « indirects » pour qualifier ces effets et l'idée voulant que la détermination de la peine ne soit pas le moment où ils sont « produits ») représentent tout autant d'éléments susceptibles de jeter de l'ombre sur les effets qu'une peine est susceptible d'impliquer pour les proches. Néanmoins, nous verrons maintenant quelles sont les zones de visibilité de ces effets, qui demeurent nombreuses dans le matériel empirique.

5.4 Les effets de la peine sur les proches : la *substance* des effets

Nous avons observé dans les sections précédentes de ce chapitre que les difficultés rencontrées par les proches des personnes condamnées ne sont pas nécessairement appréhendées par les acteurs/trices comme découlant de l'infliction de la peine. Elles ne le sont ni en termes de *source* – le « crime » et la personne condamnée en seraient responsables, et non la sanction –, ni en termes de *moment* – la détermination de la peine n'étant pas nécessairement associé à la naissance de ces difficultés. Souvent décrits comme « indirects », les effets de la peine sur les proches sont parfois représentés comme étant éloignés de la décision pénale.

Pour terminer ce chapitre, nous allons maintenant présenter la perception qu'ont les juges interviewé-e-s des difficultés rencontrées par les proches des personnes condamnées. Comme pour la notion de *proches*, nous n'avons pas fourni aux actrices et acteurs rencontré-e-s une définition pré-construite de la notion d'*effets de la peine sur les proches*. Au contraire, un des objectifs de cette recherche était justement de les laisser formuler eux-mêmes le problème sous étude, à partir de leur expérience, de leur perception et avec leurs mots. Cette absence de contours à l'expression *effets de la peine sur les proches* a parfois suscité des interrogations :

JUGE #4 : C'est un effet collatéral que de rendre triste. Après je ne sais pas quels sont les effets collatéraux que vous prenez en considération, perte de soutien, tristesse, absence de contact avec des enfants ou avec des parents [...] enfin je n'en sais rien. La garde du chien. Je pousse à l'extrême hein, dans la caricature. Mais c'est aussi un effet collatéral. Je ne sais pas jusqu'où vous allez. [...]

Autant que possible, nous avons tenté d'entendre les actrices et acteurs sur *leurs* perceptions. Lorsque ce fut nécessaire, nous avons présenté certains éléments de réflexion pour favoriser l'échange, tirés de la littérature relative aux proches des personnes condamnées.

Dans le catalogage des « effets » décrits par les juges, il n'est pas possible, pour chaque effet évoqué, de déterminer si le/la participant-e avait en tête un effet produit par la peine – selon lui/elle –, ou par d'autres sources, à d'autres moments de la procédure. Si dans quelques extraits ces éléments apparaissent de manière plus évidente, ils demeurent insaisissables dans la plupart du matériel. Nous décrivons donc ici toutes les difficultés rencontrées par les proches qui sont apparues comme étant *visibles*, reconnus comme existants pour les participant-e-s, cela sans égard à leur source (perçue) et au moment associé à leur survenance.

5.4.1 Les effets de la peine sur les proches : « on sait tout ça »

L'analyse du matériel empirique révèle qu'une grande majorité des juges rencontré-e-s se disent conscient-e-s de certaines difficultés rencontrées par les proches des personnes condamnées :

JUGE #2 : [...] c'est assez notoire dans le milieu du pénaliste que la peine, elle est souvent portée aussi par les tiers et les proches. [P]as besoin de recherches scientifiques pour en être conscient-e. [...] C'est une réalité dont on est totalement conscients. [...] [S]i on interagit un tout petit peu avec des justiciables, on se rend compte très très vite de cet aspect-là.

JUGE #17 : [...] dans le système de justice là, ce qui est important c'est de se servir de sa tête, pas s'en aller avec des œillères puis pas regarder ce qu'il y a autour. Il faut toujours être conscient de l'impact de nos gestes sur les individus ou les personnes qui sont concernées.

L'emploi de l'expression « s'en aller avec des œillères » nous semble à souligner ; lorsque l'on porte des œillères, on ne peut regarder que dans une direction, la vue est obstruée. Cet-te acteur/trice met ainsi en relief ce que le système peut induire quant aux effets des sanctions : « ne pas regarder ce qu'il y a autour », ne pas regarder ce qui est produit par une décision. En nous appuyant sur Garcia (2013, 2020), on peut dire que la conception de la sanction cristallisée dans les théories de la peine pose des œillères sur les yeux des acteurs/trices, les empêchant parfois de voir la « totalité de la situation » qui leur est soumise, et d'évaluer les effets de leur décision juridique ; ces œillères incitent fortement à choisir une sanction de manière *atomiste*, c'est-à-dire sans égard à ses conséquences sur les liens sociaux (Pires, 2001b). Pour cet-te acteur/trice, si l'on enlève les œillères, on *prend alors conscience* des effets des décisions, et on en tient compte dans le choix de la sanction :

JUGE #17 : [E]n général je peux vous dire que j'ai toujours été conscient de l'impact sur la victime et sa famille, puis sur l'accusé et son entourage aussi, ses proches. [...]

[...] [D]ans certains cas où les gens auraient pu penser que la peine serait très sévère puis elle l'est un peu moins que ce à quoi les gens s'attendaient que le juge va faire... il a probablement été conscient de certains impacts. Puis il va vraiment appuyer sur ces raisons-là qui l'ont motivé à être moins sévère.

Cet acteur/trice est bien conscient-e des implications d'enlever les œillères : si l'on voit les effets, alors la sévérité est plus difficile à employer ; les effets, si l'on accepte d'y prêter attention, *connectent* l'acteur/rice avec l'expérience concrète de la punition et invitent à penser différemment la peine juste et adéquate.

Pour plusieurs juges, dès lors qu'une peine est prononcée, il ne fait aucun doute qu'elle impliquera des effets sur des tiers ; c'est une évidence :

JUGE #13 : Le principe même de fixer une peine ou d'envoyer quelqu'un en prison typiquement, ou alors de lui imposer une sanction financière importante, va avoir inmanquablement un effet sur les proches [...].

JUGE #3 : [...] j'ai déjà entendu je pense 1500 fois dans ma vie que condamner un père de famille, c'est punir aussi ses enfants. Donc ça c'est quelque chose que n'importe quel-le juge pénal-e, ben avec un peu d'expérience, sait.

JUGE #18 : C'est sûr qu'on n'est pas sans dessein puis stupides là, c'est sûr que tu as quelqu'un qui est un pourvoyeur dans une maison puis il s'en va pour une sentence vie, c'est sûr que ça fait un problème dans la famille. On sait tout ça.

Ces extraits résonnent avec l'affirmation de Louk Hulsman, déjà cité dans un chapitre précédent, qui mérite d'être reproduite ici : « Everyone knows [...] about the negative consequences which criminalisation, and in particular sanctions such as imprisonment, have for offenders and the groups they mainly belong to. That much is well known » (1991, p. 692, emphase de l'auteur). Les données font écho à cela : apparemment, tout le monde sait que les peines, et en particulier la peine de prison, impliquent des conséquences négatives pour celles et ceux à qui elles sont imposées et pour leur entourage : « on sait tout ça », pour reprendre les mots employés dans le dernier extrait, comme si les œillères n'existaient pas. Mais si les effets néfastes sur les proches sont décrits comme évidents, les données indiquent toutefois que parfois, les œillères demeurent, et que ce *savoir* doit être distingué du *VOIR*. Le *savoir* est abstrait, il permet de garder les œillères et ne semble pas amener à un changement sur le plan des manières de faire. Ce qui semble pouvoir faire la différence, c'est d'enlever les œillères, et de *VOIR* concrètement les résultats de l'intervention. Ainsi, plutôt que de regarder en face les implications concrètes du *choix discrétionnaire* de la peine, et d'utiliser ce dernier pour limiter ces effets, ceux-ci sont perçus comme étant une fatalité :

JUGE #3 : [...] il ne faut pas que vous croyez que les prisons sont remplies de gens dont on a détruit les familles, alors c'est sûr que très souvent j'imagine que quand le gars sort de prison, sa femme est partie [...]. Ça, ça fait partie des aléas de la vie, de savoir si le couple survit à cette épreuve. [...] moi je suis peut-être plus fataliste... puis je fais avec ce que j'ai. [...] Les enfants, alors évidemment que c'est une terrible punition, c'est comme dans la vie pour un enfant d'avoir un père handicapé, [...] ou [...] qui a un accident de voiture qui le laisse cloué sur une chaise.

Ici, les effets de l'incarcération d'un parent sur ses enfants sont comparés à des événements arrivant par le mauvais hasard de la vie, comme avoir un accident ; la détermination de la peine est en quelque sorte vidée de sa substance, comme si la peine était déterminée « d'avance », et non par le ou la juge. Dans le prochain extrait, on observe la même déconnexion entre l'acte de choisir une peine et les suites de ce choix :

JUGE #2 : [...] ma foi c'est la vie, c'est terrible mais c'est la conséquence des actes de la personne sur... ça fait partie des conséquences inévitables de la peine, mais c'est pas des conséquences sur la personne elle-même, donc les effets ricochets qui sont pas vraiment pris en compte.²¹⁹

L'acteur/trice cité-e dans ce dernier extrait va se référer à la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse pour appuyer son propos :

JUGE #2 : J'ai retrouvé la phrase type du Tribunal fédéral que je voulais citer. « Il est inévitable que l'exécution d'une peine ferme d'une certaine durée ait des répercussions sur la vie familiale et professionnelle du condamné. [...] » [...] [C]'est la phrase qu'on utilise tout le temps. C'est la réalité. (nous soulignons)

On voit ici l'influence cognitive, pour ne pas dire la distorsion, exercée par cette jurisprudence sur la perception des *effets de la peine sur les proches* : la position du Tribunal fédéral est perçue comme correspondant à « la réalité ». Celle-ci est d'ailleurs mobilisée par plusieurs participant-e-s pour parler des effets sur les proches, comme ici : « [...] les conséquences sur la famille d'une peine, ben comme le dit le Tribunal fédéral, elles sont inévitables » (**JUGE #14**). Les effets d'une peine apparaissent alors comme « courants » dans la perspective du système ; leur concrétude s'en voit alors gommée.

S'ajoute à la perception d'inévitabilité des effets sur la famille un autre élément : ces effets devraient être *exceptionnels* pour pouvoir être intégrés dans la raisonnement sur la peine :

JUGE #2 : Ça aura encore plus d'effet sur la peine pour la maman qui est seule mère ou pour le père qui serait père célibataire, [...] que sur la personne qui a un autre parent pour s'occuper des enfants. Ce sont des circonstances qui sont exceptionnelles. A ce moment-là on va tenir compte de la situation des enfants.

JUGE #10 : [...] la dimension personnelle... alors la jurisprudence du TF [Tribunal fédéral], elle est stricte comme je vous l'ai dit. Elle peut quand même exceptionnellement être prise en compte. L'exemple de cette femme qui avait des enfants en bas âge. [...] [Ç]a aurait eu des conséquences graves. Donc on peut un peu en tenir compte dans ce contexte-là, je pense que c'est bien.

²¹⁹ Cet extrait illustre bien la difficulté à isoler les effets associés par les acteurs/trices à la peine, et ceux associés à la commission de l'infraction, raison pour laquelle nous n'avons pas jugé souhaitable de le faire dans cette portion d'analyse.

Cette approche peut être aussi observée dans la jurisprudence canadienne : si la prison n'est pas accompagnée d'un fardeau supplémentaire, comme un très grave handicap d'un proche²²⁰, ses conséquences ne seraient pas en elles-mêmes suffisamment importantes pour être considérées lors du choix de la peine. Dans la décision *R. c. Stanberry* (2015), qui nous a servi pour construire notre hypothèse directrice²²¹, le tribunal affirme, face à la perspective que les deux enfants soient séparées de leur mère, et séparées l'une de l'autre : « [a] conditional sentence is not justified because the circumstances of the case are not exceptional » (par. 25)²²². Dans la jurisprudence canadienne, l'idée que les conséquences sur la famille doivent être particulièrement dramatiques pour justifier leur prise en considération semble prendre une certaine importance, notamment depuis que la Cour d'appel l'a affirmé dans *Poirier c. R.* (2018) :

[36] [L'appelant] est le père de trois filles en parfaite santé, toutes trois majeures, autonomes ou sur la voie de l'autonomie. Deux de ses filles sont à l'université. Elles vivent avec leur mère et le soutien financier de l'appelant consiste essentiellement en une pension alimentaire mensuelle de 700 \$ qu'il paye à cette dernière. Autrement, il s'occupe de sa mère, à qui il parle quotidiennement au téléphone et qu'il visite une fois aux deux semaines. Son frère et ses sœurs offrent également leur soutien à cette dernière.

²²⁰ Voir *R. v. Collins* (2011), où la Cour d'appel de l'Ontario considère l'effet de la prison sur l'enfant handicapée, et sur sa mère condamnée (au par. 41), et *R. c. Landry* (2016) ainsi que *R. v. Hussey-Rodrigues* (2024), évoqués dans la section 1.3.3.1.2. Dans ces exemples, un handicap de santé d'un proche, déjà présent au moment de la détermination de la peine, est utilisé pour justifier une atténuation de la peine ; c'est seulement lorsqu'ils sont ajoutés à d'autres malheurs que les effets de la prison deviennent trop lourds pour les proches, la justification de la prise en compte des proches s'articulant autour d'une situation « choquante ». Ce type de rhétorique s'apparente à certains égards à celle observée par Mayeda dans les jugements qui invalidaient constitutionnellement la suramende compensatoire : les tribunaux avaient tendance à insister dans leurs motifs sur le caractère « misérable » d'une personne ou d'une situation, « in order to signal that they wish to resist the imperative to punish of traditional criminal law and engage the redemptive force of constitutional values of fairness and equality » (2016, p. 201).

²²¹ Voir la section 2.3.

²²² Dans le même sens voir récemment *R. c. Jean* (2023, au par. 265 ; requête en autorisation d'appel de la sentence à la Cour d'appel accueillie, *Jean c. R.*, 2023). Parmi les motifs d'appels invoqués par la personne condamnée on trouve un effet de la peine sur un proche : « Le juge a omis de considérer certains éléments de preuve cruciaux tels que le fait qu'il héberge son père âgé, qu'il l'accompagne à ses rendez-vous médicaux et qu'il le soutient financièrement » (par. 3). La Cour d'appel a rejeté ce motif, soulignant la norme très sévère d'intervention de la Cour d'appel en matière de peine (*Jean c. R.*, 2024).

[37] Bref, nous ne sommes pas en présence d'une situation où l'imposition d'une peine d'incarcération risquerait d'avoir des impacts désastreux sur la famille de l'appelant. (nous soulignons)²²³

Cette manière de concevoir la prise en compte des effets de la peine sur les proches peut surprendre, dans la mesure où les tribunaux *créent ici la nécessité d'une situation exceptionnelle* pour pouvoir choisir une peine non carcérale, alors que le cadre légal de la détermination de la peine au Canada *impose* d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes avant d'envisager la privation de liberté, et plus particulièrement les alinéas 718.2 d) et e) C.cr. On peut y percevoir deux choses importantes pour notre propos : d'abord, elle témoigne d'une forme d'*euphémisation* eu égard aux effets dramatiques de l'enfermement pour les personnes qui le subissent, et pour leur entourage. Cette perspective laisse sous-entendre qu'il n'y aurait rien d'*exceptionnel* à ce qu'une peine de prison implique, pour un enfant, d'être séparé de son parent.

Ensuite, cette perspective contient l'idée que seules des « situations exceptionnelles » permettraient l'exercice de la modération en matière de peine – on peut parler alors d'une *auto-limitation* du système face à la modération des peines, plutôt que face à la sévérité. On retrouve là une influence de la rationalité pénale moderne sur l'actualisation des principes modérateurs du droit pénal, bien décrite par Pires :

La rationalité pénale moderne essaie de projeter l'image de la peine « équilibrée », c'est-à-dire ni modérée ni cruelle ; elle est due. Le pénaliste ne réussit alors à identifier que les excès particulièrement agaçants de sévérité. (2008c, p. 249, nous soulignons)

On peut observer derrière cela les difficultés éprouvées par le principe de proportionnalité à constituer un réel *frein* face aux coûts sociaux de la prison : les théories de la peine

²²³ Voir aussi Landry c. R. (2019) et R. c. Paulino Mercedes (2019), où les effets sur la famille sont décrits comme insuffisamment « désastreux » pour être pris en compte. Si la doctrine canadienne est peu développée sur la question de la prise en compte des effets de la peine sur les proches, celle-ci est mentionnée brièvement par Parent et Desrosiers dans le tome III de leur *Traité de droit criminel* consacré à la peine (2020, par. 147) : « [...] les conséquences négatives pour la famille de l'accusé opèrent en périphérie de la peine, dans les marges de l'activité judiciaire. D'où leur importance relative ». S'appuyant sur cette citation, la décision R. c. Paulino Mercedes décrit l'« importance relative » de ces conséquences dans la détermination de la peine ; voir également R. c. Thomas (2022, au par. 51 et 52). Cette citation a aussi été utilisée dans le sens inverse, pour soutenir la prise en compte de ces effets, dans un dossier où la victime de l'infraction était la conjointe de la personne condamnée : R. c. G.G. (2023, au par. 35).

« restent indifférentes à l'inclusion sociale et ne proposent pas de "freins" ou de mécanismes d'autolimitation ou d'autocontention de la peine qui soient extérieurs aux caractéristiques du crime [...] » Pires (2012b, p. 14-15). Nous aurons l'occasion de revenir plus en profondeur sur cet aspect lorsque nous observerons les *rationalités de prise en compte* des effets de la peine sur les proches²²⁴.

Dans la littérature, Millar et Dandurand constatent aussi, dans la jurisprudence des pays de *common law*, que la prise en considération des effets sur les enfants est conçue autour d'une situation dite « exceptionnelle » :

[...] children's interests are not routinely considered, notwithstanding a general acknowledgment that parental imprisonment causes some level of disruption to children and their families, extending to the potential disintegration of the family unit. Generally speaking, for "family ties" and "excessive hardship to dependents" to be taken into account at the time of sentencing, such impact has to be seen as "extraordinary" or "exceptional" in nature, with varying and subjective interpretations by sentencing courts on what constitutes an "extraordinary" or "exceptional" circumstance. (2018, p. 233-234, nous soulignons)

Minson observe également une représentation des effets de la peine sur les enfants comme étant une fatalité, comme étant des conséquences inévitables du prononcé des peines :

The judges interviewed acknowledged that although dependent children would be in their minds as a factor which they should take into account, there would be times when that would be outweighed by the aggravating factors and the seriousness of the offence [...]. In those cases, it was "an unfortunate consequence" that a custodial sentence would "cause a lot of suffering to others at the same time, but sometimes that's unavoidable if the offence is sufficiently serious" [...]. (2020, p. 144)

Ces constats sont similaires à ceux issus de nos données ; or, la perception des effets de la peine sur les proches en tant que composante *inévitabile* de la peine semble induire des automatismes dans le processus décisionnel, et neutraliser une réflexion substantielle à l'égard de leur prise en compte. Si les effets d'une peine sur les proches sont considérés comme étant inévitables, alors l'idée de les prendre en compte pour fixer

²²⁴ Voir le chapitre 6. Pour l'instant, nous concentrons l'attention sur les représentations de ces effets.

la peine perd de son sens. On le sait, mais malheureusement on ne peut rien faire... et donc, rien ne change. On peut observer ici une forme de manifestation empirique de la « stasis » du système, au sens où l'entend Teubner, c'est-à-dire « la remarquable stabilité de certaines structures juridiques, durant des périodes parfois très longues, en dépit d'une multitude de stimulations favorisant la variation » (Teubner, 1989, p. 84 ; voir également Garcia, 2007, par. 32).

Par ailleurs, cette représentation interpelle également sur ce qu'elle montre du rapport des acteurs/trices à leur liberté décisionnelle : les données indiquent en effet une forme d'impuissance à l'égard des effets de la peine sur les proches, comme si la décision pénale ne pouvait aucunement contribuer à *éviter* ou à limiter certains de ces effets, comme si elle leur était étrangère. L'analyse nous permet de penser que cette représentation d'*inévitabilité* peut être considérée comme une de ces « manières [...] de penser susceptibles de porter atteinte au pouvoir discrétionnaire des acteurs impliqués dans la détermination des peines » (Garcia et Dubé, 2017a, p. 18). En effet, ce pouvoir leur permet justement d'*éviter* certains effets envisageables d'une décision en matière de peine, d'en contrôler certains paramètres (par exemple infliger une peine de prison ou une peine dans la communauté), cela dans le respect des balises qui encadrent ce pouvoir²²⁵. Rappelons à ce propos la position de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Lacasse* (2015) :

Même si [la détermination de la peine] est régie par les art. 718 et suiv. du *Code criminel* [...], et que les objectifs y mentionnés guident les tribunaux et sont bien définis, elle implique néanmoins, par définition, l'exercice par ceux-ci d'un large pouvoir discrétionnaire dans la mise en balance de tous les facteurs pertinents afin de pouvoir satisfaire aux objectifs visés par le prononcé des peines. (par.1)

Or, la liberté décisionnelle des acteurs et actrices judiciaires semble *obstruée* par l'idée que face aux effets de la peine sur les proches, ils et elles ne peuvent rien faire, suivant une perception réduite de leur pouvoir discrétionnaire. Si certains principes garantistes du droit pénal pourraient être mobilisés pour soutenir le caractère *évitable* de certaines conséquences de l'intervention pénale, comme le principe de la modération des peines,

²²⁵ Sur le pouvoir discrétionnaire et ses balises, voir notamment les sections 1.3.1 et 1.3.3.1.

le principe d'individualisation de la peine ou encore le principe d'*ultima ratio*, ceux-ci apparaissent minés par une auto-limitation des acteurs et actrices dans leur pouvoir décisionnel, qui évoquent peu les espaces sentenciers qui sont à leur disposition²²⁶.

Nous avons vu dans cette section qu'à la lumière du matériel empirique, les *effets de la peine sur les proches* sont parfois représentés comme inévitables, déconnectés du processus décisionnel. Au-delà de cette perception, nous présenterons maintenant un « catalogue » des *effets de la peine sur les proches*, à partir des éléments répertoriés dans le matériel empirique. Pour reprendre la catégorisation de van de Kerchove décrite précédemment²²⁷, nous aborderons tant les effets décrits comme étant indésirables pour les proches (5.4.2) que ceux perçus comme étant bénéfiques pour eux (5.4.3). Nous décrirons enfin la perception différentielle de ces effets observée dans le matériel (5.4.4).

5.4.2 Les effets perçus comme indésirables

Dans les données récoltées, de nombreuses situations rencontrées par les proches sont décrites comme étant indésirables par les acteurs/trices. Leurs perceptions s'avèrent relativement similaires à celles décrites dans la littérature²²⁸ : les acteurs et actrices parviennent à voir, à envisager certaines difficultés éprouvées par les proches des personnes condamnées. Parfois, cette « vision » des effets demeure essentiellement spéculative : si parfois les acteurs et actrices *imaginent* qui sont les proches²²⁹, ils et elles vont également *imaginer* les effets des décisions sur ces personnes. Cet extrait en est un bon exemple :

JUGE #18 : [...] il n'y a pas [...] toujours des représentations qui sont faites de manière pointue sur l'impact des procédures judiciaires sur la famille. On peut en déduire que... tu sais évidemment qu'il y a un impact important, mais de manière très pointue, c'est pas nécessairement toujours généralisé dans le sens qu'on a pas vraiment un portrait complet de tout ce qui a trait à l'impact sur les proches de l'accusé. (nous soulignons)

²²⁶ Nous verrons toutefois que dans certaines situations spécifiques, les acteurs et actrices se servent de leur pouvoir discrétionnaire pour *agir* sur les effets de la peine (section 6.1).

²²⁷ Voir la section 1.2.3.

²²⁸ Voir la section 1.1.3.

²²⁹ Voir la section 4.1.

Au chapitre des effets vécus par les proches, des difficultés de nature économique ont été identifiées par plusieurs des personnes interviewées :

JUGE #9 : Bon, bien je pense... à toutes les familles et les conjoints, conjointes, enfants qui se trouvent privés de ressources financières quand il y a une incarcération. Hum... Ça l'a un impact c'est sûr sur ces personnes-là.

JUGE #8 : [...] il peut y avoir un impact monétaire d'associé à [une période d'incarcération].

JUGE #16 : [...] cette dame-là, [la conjointe de la personne condamnée]... on lui enlevait tout, là. On lui enlevait son appui, probablement financier, parce qu'elle avait rien.

La perte de son emploi par la personne condamnée, inéluctable lorsqu'une peine privative de liberté est imposée, est souvent perçue comme une grande source de déstabilisation pour les proches, du fait de la perte d'un revenu au sein de la cellule familiale :

JUGE #18 : L'impact d'une personne qui est incarcérée, qui évidemment travaillera plus là... sur la famille [...] c'est dévastateur. Dans le sens qu'ils se retrouvent des fois sans aucune ressource financière. Donc ça a dans certains cas un impact très important. Parce qu'ils tombent dans la pauvreté complètement.

JUGE #14 : [...] il y a peut-être l'aspect économique, parce que si le père est le soutien de la famille et puis qu'il se trouve détenu, il risque de perdre son emploi, il risque de perdre son travail, et puis c'est toute la situation financière de la famille qui s'écroule. Et peut-être du jour au lendemain. [...] [S]'il n'y a que le père qui travaille [...] c'est la catastrophe économique pour la famille.

Les difficultés financières des proches sont souvent les premières à être mentionnées par les acteurs/trices ; les conséquences économiques d'une incarcération sont décrites par les juges. Relevons toutefois que si la perte d'emploi est visible en tant que motif d'appauvrissement de la famille, les autres coûts de la prison pour les proches, largement décrits dans la littérature, demeurent dans l'angle mort des acteurs/trices. Par exemple, les dépenses associées aux visites, les honoraires des avocat-e-s de la défense, les coûts liés aux besoins quotidiens de la personne incarcérée (voir Ricordeau, 2019b) ou encore les sommes dues aux victimes de l'infraction sont absents du matériel récolté ; ces éléments invisibles pour les acteurs/trices.

Parmi les difficultés mentionnées par les juges, on trouve également la modulation des relations existantes entre la personne condamnée et ses proches. Encore une fois, ce sont plus particulièrement les peines d'emprisonnement qui sont citées à ce titre. Par exemple, on nous a mentionné la situation d'enfants qui se sont retrouvés sans mère durant plusieurs années, et plus généralement l'incapacité à fréquenter son ou sa partenaire sur une base régulière (**JUGE #8**) ; a aussi été évoqué le fait que certaines personnes condamnées ne veulent pas que leurs proches leur rendent visite en détention, et que cette coupure relationnelle générerait un « traumatisme pour les enfants » (**JUGE #18**). Dans le contexte canadien, quelques juges ont estimé que les effets de l'incarcération sur les relations avec la personne condamnée étaient particulièrement importants pour les personnes autochtones vivant dans des régions éloignées des grands centres au Québec :

JUGE #17 : [C]omment vous pensez que la personne [qui vient d'un village éloigné et] qui est détenue à Montréal, ou même à Amos, va avoir des contacts avec sa famille ? Imaginez ce que ça coûte comme fortune. [...] [...] C'est un impact sur eux mais pour la famille aussi. [...] [C]'est énorme l'impact [...] comparé aux gens qui demeurent tout près des établissements de détention.

L'effet sur les relations entre les proches et les tensions qui peuvent s'installer entre eux sont également mentionnés, par exemple lorsqu'une personne condamnée a nié sa culpabilité ; on voit alors « des fractures apparaître dans les familles » (**JUGE #9**), dont les sentiments des membres divergent – certains acceptant le verdict et la peine, d'autres non. Autre exemple, dans un dossier relatif à des actes de nature incestueuse, une femme soutenait son conjoint condamné à de nombreuses années d'incarcération. Une scission de la famille fut alors constatée par le/la juge :

JUGE #16 : Et sa conjointe [...] n'a jamais accepté qu'il avait commis ces gestes [...]. Et la conséquence sur elle, c'est qu'elle se retrouvait nécessairement sans personne. [...] Elle n'a plus d'enfants [ni] de petits-enfants. [...] Alors les conséquences sur cette personne-là et sa famille... c'est indescriptible là. [...] C'est l'enfer ! [E]lle est choquée, blessée, humiliée... et seule.

Les effets relationnels décrits dans les données reflètent les résultats de la recherche menée par Lehalle et Plamondon-Dufour auprès de proches (2021), qui constatent que « les liens familiaux et sociaux des participants [à la recherche] sont sérieusement

affectés par l’incarcération de leur proche » (2021, p. 57). Par ailleurs, la stigmatisation des proches des personnes condamnées ainsi que les difficultés associées aux relations sociales en général, qui sont fréquemment décrites dans la littérature²³⁰, se retrouvent parmi les effets mentionnés par les acteurs/trices ; par exemple, on nous dit que les proches « subissent [également] l’opprobre » (**JUGE #5**) de la personne condamnée, tout comme dans cet extrait :

JUGE #8 : Le stigmatisme que ça peut apporter [...] parce qu’il est facile [...] d’amalgamer l’activité d’un membre de la famille à [...] toute la famille. Si ton père a été trouvé coupable de vol [...] on pourrait penser que tu es le fils ou la fille d’un voleur. Alors ça crée certainement un poids pour [les proches].

Le stigmatisme qui peut toucher les jeunes enfants des personnes condamnées a été particulièrement mentionné durant les entretiens en lien avec le milieu scolaire ; sont mentionnées à ce titre les conséquences psychiques et affectives du fait que les enfants doivent subir les commentaires humiliants de leurs camarades si la situation est connue (**JUGE #6** ; **JUGE #14**). Ces effets sont distingués des « conséquences pénales » liées à l’intervention ; ils sont alors décrits comme se trouvant *en dehors de l’action pénale* :

JUGE #10 : [...] il y a des conséquences aussi extra-pénales qui sont assez terribles [...] aussi pour la famille. [...] [D]es fois la partie justice pénale c’est pas la pire. Après il y a la sanction sociale.

Cet extrait, et plus particulièrement l’usage de l’expression « sanction sociale », fait fortement écho aux propos de la sociologue Caroline Touraut, qui observe dans ses recherches sur les proches que ces derniers vivent « une peine sociale » (2012, p. 253). La publicité d’une affaire qui découle du traitement médiatique est parfois mentionnée comme contribuant à la stigmatisation des proches (**JUGE #10**). Notons que la question de la réputation, qui peut être entachée par une condamnation d’un membre de la famille, est pour certain-e-s plus importante pour les personnes autochtones, en raison des liens étroits unissant les membres d’une même communauté :

JUGE #17 : [T]out le monde se connaît [en région]. [...] [Q]uand [...] quelqu’un est accusé, il y a déjà un impact dans la communauté. Sur l’accusé évidemment

²³⁰ Voir notamment Hannem (2011).

puis sur sa famille. La confiance, la réputation, ces choses-là, déjà là c'est quasiment un début de peine d'être regardé.

La souffrance engendrée par l'intervention pénale, comme le remarque Christie « has close to evaporated, even in text-books on penal law. [...] How the punishments hurt, how it feels, the suffering and the sorrow, these are elements most often completely lacking in the texts » (1981, chapter 2). Or, l'analyse tend à montrer que la souffrance causée aux proches par l'application du droit pénal est vue et reconnue par les acteurs et actrices, comme le montrent ces extraits :

JUGE #10 : [...] la famille aussi, bien évidemment, une famille a fortiori, quand la personne est condamnée, c'est de la souffrance.

JUGE #16 : C'est... c'est affreux. [...] [C]ette espèce de scène épouvantable là, [au tribunal, quand un parent est enchaîné pour aller en détention].

JUGE #4 : [Dans une affaire où une expulsion a été prononcée] [i]l y avait [l]a mère [du condamné] qui était dans la salle [et ses] frères et bien sûr ça a créé beaucoup d'émotion chez ces gens-là. [...]. C'est un effet collatéral que de rendre triste.

JUGE #18 : [...] quand quelqu'un est devant toi et qu'il s'adresse à la cour, tu peux mesurer beaucoup de choses. [...] Les gens [...] ont pas besoin [d']expliquer nécessairement leurs traumatismes. Juste des fois les voir, tu vois l'impact qui est tellement grand. Tu pourras pas le mesurer sur un document mais à les entendre [...], tu vas être capable de mesurer que vraiment on est face à une situation qui est très, très, très traumatisante pour ces gens-là. [...]

Plusieurs juges perçoivent ainsi, de manières diverses, les effets de l'intervention pénale sur la santé mentale des proches, et la souffrance qui l'accompagne. Dans le même sens, certain-e-s évoquent la culpabilité qui peut être ressentie par les proches, et l'incompréhension face à l'infraction commise (**JUGE #18**). Un-e juge a évoqué le suicide d'un proche d'une personne accusée (**JUGE #5**) alors que d'autres, se remémorant des situations où une personne accusée a mis fin à ses jours, évoque alors les conséquences qui en découlent pour les proches (**JUGE #18 ; JUGE #17**). Autre cas de figure, un-e juge se remémore une affaire où un bébé est décédé suite à l'arrestation de sa mère :

JUGE #2 : [...] y a eu cette affaire terrible [...] parce qu'en fait on avait oublié simplement de demander... [...] un auteur [...] avait été écroué, ensuite la

procédure pénale démarre, y se passe des semaines et des semaines avant qu'on se dise « hé ! peut-être il y a en fait des enfants »... C'est cette affaire de cet enfant qui est décédé dans un appartement je crois...²³¹

De manière générale, les difficultés rencontrées spécifiquement par les jeunes enfants des personnes condamnées apparaissent souvent comme particulièrement importantes aux yeux des actrices et acteurs.

Ce tour d'horizon dans les perceptions des juges montre que la majorité des effets indésirables décrits dans la littérature sont envisagés par les acteurs/trices, quoique leur description s'avère souvent superficielles, et parfois limitées aux aspects strictement économiques. Certaines difficultés passent néanmoins sous le radar, comme les celles rencontrées par les personnes à qui la garde des enfants est attribuée durant une incarcération ; Minson remarque la même chose dans son étude : « The judiciary I interviewed did not seem to have any comprehension of the cost involved, emotionally, physically, and financially to a caregiver » (2020, p. 153).

Voyons maintenant les effets appréhendés comme étant bénéfiques pour les proches.

5.4.3 Les effets perçus comme bénéfiques

En parallèle des effets de la peine perçus comme indésirables, les acteurs/trices décrivent des effets de l'intervention pénale qu'ils/elles percevaient comme étant bénéfiques, souhaitables pour les proches :

JUGE #2 : Parfois [les effets sur les proches] ça peut être d'ailleurs dans un sens bénéfique, hein. [...] [S]elon la personne qu'on incarcère, c'est un peu cynique, de l'humour noir, mais ça peut être très bénéfique pour la famille.

Alors que ce-tte juge s'estime cynique en abordant les bénéfices de l'infliction d'une peine pour les proches, cette idée revient fréquemment dans le matériel :

²³¹ Dans cette affaire, survenue à Genève en 2000, une femme a été incarcérée pour des vols à l'étalage ; sa jeune enfant de seize mois est morte de faim et de soif dans son appartement. Voir l'article dans *Le Temps* du 2 juin 2021, « L'État est-il responsable de la mort du bébé d'une détenue ? » : <https://www.letemps.ch/suisse/letat-estil-responsable-mort-bebe-dune-detenu>

JUGE #16 : Il y a des gens pour qui la conséquence est TRÈS positive chez les accusés... ET leurs familles. On n'a pas toujours des conséquences négatives à long terme, même à court terme.

JUGE # 1 : [...] la personne qui choisit de se droguer et qui ensuite va [...] délaissier ses enfants, et qu'on va juger [...]... cette personne-là, au niveau de la responsabilité collective a été totalement négligente, et de par ses manques éducatifs et ses carences peut entraîner dans la délinquance les enfants [...]. [...] ben là l'effet de la peine y serait peut-être même positif. On peut imaginer que les relais sociaux se mettent en place, que les enfants soient pris en compte, [...] et que l'autorité de protection des enfants [agisse] sur leur vie.

Dans ce dernier extrait, la peine est appréhendée comme permettant la mise en place, en parallèle de l'intervention pénale, d'un contexte social plus propice au bon développement des enfants que celui existant avant la sanction.

Les situations où les proches ont été les victimes directes de l'infraction commise semblent plus susceptibles de déclencher des réflexions sur les bénéfices de l'intervention pénale : l'incarcération est alors décrite comme un soulagement pour les proches (**JUGE #13**) ou une libération (**JUGE #18**). Dans le même sens, l'incarcération est parfois associée à des exigences de protection à l'égard des proches :

JUGE #20 : [...] y des cas où on doit protéger les proches du prévenu. [...] [L]es infractions où le proche a porté atteinte à l'intégrité sexuelle ou physique, des menaces ou des violences domestiques ou des lésions corporelles, de son épouse ou son époux ou ses enfants. Là [...] les proches auraient [...] un intérêt à ce qu'il soit sorti rapidement et pour un certain temps de la vie familiale [...].

La mise à l'écart est alors décrite, dans les situations de violence domestique, comme étant dans l'intérêt des proches, et étant souhaitée par eux, cela « le plus longtemps possible » (**JUGE #1**) ; l'intervention pénale, plutôt que de nuire aux proches, devient alors une source de *soutien* à leur égard. De plus, un-e juge relate une situation où un « appel au secours » lui a été formulé par une mère, dont le fils avait été condamné et souffrait de problèmes d'ordre psychiatrique (**JUGE #2**) ; face à l'absence d'autre forme de support, les proches vont ainsi se tourner parfois vers les tribunaux pour trouver un soutien, une forme de protection, et l'institution judiciaire peut alors jouer le rôle d'« agence "pervers" d'aide sociale » (2007b, p. 25), pour reprendre les mots de Comfort, au même titre que le fait l'institution carcérale :

Les effets intégrateurs et/ou désintégrateurs de l'incarcération peuvent [...] se produire séparément, dans des domaines différents de la vie de chacune de ces femmes, la plongeant par exemple dans des difficultés financières accrues en même temps qu'elle la protège contre un compagnon abusif. (2007b, p. 25)

Ce besoin de protection des proches est parfois mobilisé par les juges dans une perspective d'aggravation de la peine fixée²³² : si les proches risquent d'être mis à mal par la présence de la personne condamnée dans la collectivité, alors leur protection permet de légitimer une exclusion sociale ; cet élément est notamment soulevé en lien avec les dossiers d'inceste (**JUGE #6**). Enfin, quoiqu'elle puisse présenter bénéfices pour les proches, pour ce-tte juge une incarcération va nécessairement avoir des implications indésirables eux :

JUGE #18 : [...] [Pour] des enfants ou des gens qui ont été victimes de violence, ça peut être libérateur au moment où l'accusé est incarcéré, mais il y a toujours un attachement, il y a toujours quelque chose qui va faire en sorte qu'à un moment donné ça va avoir un impact [...] sur les proches.

Cette ambivalence des effets de la peine dans les situations où les proches ont vécu de la violence domestique est revenue souvent dans le matériel.

5.4.4 La perception différentielle des effets de la peine sur les proches

Les deux sous-sections qui précèdent montrent qu'une grande palette d'effets est perçue par les juges. Les éléments répertoriés sont nombreux et variés. Le catalogage effectué montre clairement que si la loi ne *voit pas* les effets de la peine sur les proches, certains de ces effets sont par ailleurs bien visibles pour les juges. Les difficultés financières des proches et leur stigmatisation sont souvent évoquées, tout comme les difficultés relationnelles associées au fait de purger une peine de prison, ou encore les effets d'ordre psychologique. Par ailleurs, l'analyse du matériel empirique montre que certains paramètres influencent les représentations des actrices et acteurs des effets de la peine.

²³² Nous reviendrons en détail sur cet aspect lorsque nous aborderons les rationalités de prise en compte des proches dans le contexte du choix de la peine (voir notamment la section 6.2.1.2).

D'abord, la nature de la peine prononcée (carcérale VS non-carcérale) va influencer sur la perception de ses implications pour les proches :

JUGE #8 : Quand c'est une peine d'emprisonnement, c'est là que ça a un impact, à mon avis, sur les proches. [...]. Parce que l'amende elle permet de garder le contact avec [...] les proches [...]. La peine avec sursis permet la même chose aussi, finalement, selon les conditions. Mais si vous allez en prison deux ans, c'est sûr que vous allez rencontrer votre conjointe ou conjoint dans un centre de détention lors des visites supervisées. C'est sûr que vous perdez votre emploi. [...]. La prison... il y a un barrage ici. C'est pas la même chose que l'amende ou le sursis de peine. Là, physiquement et moralement il y a une brisure.

Les effets de la prison sur les proches sont ici décrits en négatif des effets qu'elle implique pour les personnes incarcérées. Dans une logique *a contrario*, ce-tte juge fait également le lien entre privation de liberté et effets sur les proches :

JUGE #2 : [...] où je suis maintenant, je suis à la Cour [...], ça reste encore des cas qui sont tellement... sur la majorité des condamnations, les cas où on prononce une peine privative de liberté, avec une partie ferme voire totalement ferme, ça reste quand même une minorité des condamnations, et donc c'est assez rare finalement qu'on soit confronté à cette problématique des proches.

Dans ce dernier extrait, on observe que c'est essentiellement l'incarcération qui est associée à des difficultés pour les proches ; les effets plus larges de l'intervention pénale ne sont pas problématisés. Dans le même sens, le fait d'imposer à la personne condamnée une peine à purger à domicile est perçue comme présentant moins d'impact sur les proches :

JUGE #17 : [...] l'impact est moins grand sur la famille [avec l'emprisonnement à domicile]. Si quelqu'un purge sa peine à domicile il va être dans sa famille.

Notons que les effets sur les proches des peines purgées dans la communauté, comme la surveillance électronique ou la probation, demeurent absents des données²³³. Or, les

²³³ Précisons qu'en Suisse, le bracelet électronique n'est pas une peine à proprement parler mais une « modalité d'exécution de la peine », qui n'est pas imposée par le/la juge du fond mais ordonné, à certaines conditions, par l'autorité d'exécution de la peine ou de la mesure ; voir notamment l'art. 79b CP. Au Canada, cet outil n'est pas non plus une peine proprement dite, mais son port peut être imposé par le tribunal qui fixe la peine, en tant que condition d'une ordonnance de probation ; voir l'alinéa 732.1(3) h) C.cr. Notons qu'il peut également être imposé en lien avec la mise en liberté provisoire ; voir les al. 515 (4) g) et h) C.cr.

effets de ces dispositifs sur l'entourage ont été observés dans la littérature, par exemple par Ricordeau, qui qualifie le « progrès » représenté par l'accès à ce dispositif de

[...] relatif (car la maison devient la prison), surtout si l'on considère les contraintes du dispositif sur les proches, pour qui la charge mentale et les obligations liées au respect des plages horaires imposées par le bracelet peuvent se révéler plus lourdes que celles des visites. (2019b, p. 143)²³⁴

Toujours sur la perception différentielle des effets des peines sur les proches, un-e juge a insisté sur l'effet spécifique sur les proches des personnes condamnées autochtones :

JUGE #17 : [...] dans le fond, l'impact, pour moi là, vous aurez sans doute compris que je le vois beaucoup plus au point de vue familial chez les Premières Nations, les Inuits, à cause de l'éloignement, à cause de leur culture, leurs traditions.

Enfin, quant à l'impact sur les proches, plusieurs personnes interviewées décrivent la singularité de chaque cas d'espèce :

JUGE #17 : [...] y a peut-être des cas où l'impact a été plus grand que dans d'autres cas. [...] En fait c'est jamais pareil. On peut difficilement faire un moule avec des petits carreaux puis cocher oui, cocher non. C'est pas simple comme ça [...]. [...] [I]l faut regarder chaque événement, chaque personne. Les gens ne sont pas tous pareils, [...] ressentent pas les choses toujours de la même... [...]. L'impact est plus ou moins grand. Il y a des gens qui s'en remettent, d'autres qui ont beaucoup de difficultés à s'en remettre.

La singularité des situations rencontrées par les proches, observée dans la littérature, est ainsi perçue par certain-e-s participant-e-s²³⁵. Toutefois, si les acteurs/trices voient que les effets sur les proches peuvent grandement varier d'une situation à l'autre, l'idée que la peine puisse venir *amplifier des difficultés pré-existantes* pour les proches, et que son effet puisse varier en fonction de caractéristiques socio-économiques, ne fait pas partie des réflexions présentes dans le corpus. Or, cet élément est souvent mis en avant dans la littérature que nous avons analysée : par exemple, plusieurs décrivent les effets différentiels des peines en fonction des ressources disponibles pour les proches

²³⁴ Voir également Devresse (2012), qui évoque le « transfert de responsabilité » sur les familles des personnes condamnées.

²³⁵ Voir notamment Touraut (2012) ; Lehalle (2019b).

(Ricordeau, 2019b), tout comme l'impact différentiel des peines sur les enfants dépendamment de leur situation sociale (Minson, 2020). La création de « nouvelles inégalités » (Wakefield et Wildeman, 2018, notre traduction) liées à l'infliction d'une peine, en particulier pour des personnes se situant *déjà* dans des situations particulières de vulnérabilité avant l'infliction de la peine, constitue visiblement un angle mort dans les perceptions décrites dans le matériel. Ce constat apparaît d'autant plus surprenant dans le contexte canadien, où la sur-incarcération des personnes autochtones fait l'objet de vives critiques de longue date, considérant les inégalités systémiques dont souffrent ces personnes au Canada²³⁶.

Comment expliquer ce point de cécité ? Comme avancé par Sylvestre (2010), et également par Dubber (2006), on peut formuler l'hypothèse voulant que les acteurs et actrices judiciaires éprouvent une certaine difficulté à s'identifier aux personnes envers qui ils/elles doivent prendre des décisions, notamment en ce qui concerne les personnes les plus défavorisées, et celles issues de classes sociales ou de communautés différentes. La *distance sociale* (Christie, 2016 ; Sylvestre, 2010) qui s'établit entre juge et jugé, pourrait ainsi constituer un facteur explicatif à cet égard. Dans une perspective un peu différente, Tata observe une forme d'*habitude* des juges au discours relatif à la « misère » des personnes judiciairisées : à force d'être répété il en devient banal, ou à tout le moins invisible :

[...] the social structural commonalities of poverty, deprivation, poor mental and physical health, limited life-chances, neglect, abuse, addictions etc. tend to be marginalised. Indeed, the humdrum, daily caseby-case recitation of these adverse conditions about individuals can tend to lead to a certain weary insouciance on the part of sentencing professionals and even a feeling of irrelevance. That should be hardly surprising and nor should we, (as so much research has a tendency to do), castigate individual professionals [...]. To do so is in fact to fail to stand back from the cultural trope of the heroic individual professional who can somehow save souls from the compounding effects of disadvantage and criminal justice. The bald truth is that there is little that individual sentencing professionals can do to address these structural underlying conditions. Stories of poverty, deprivation, childhood neglect, abuse,

²³⁶ Voir notamment Denis-Boileau et Sylvestre (2016) ; Roberts et Reid (2017) ; Rapport de la Commission Viens (2019).

social and economic marginalisation are endemic and thus rendered unremarkable. (2020, p. 87, nous soulignons)

Suivant ce raisonnement, l'excès de visibilité des situations sociales difficiles vécues par les personnes condamnées serait susceptible, par hypothèse, d'invisibiliser les inégalités *ajoutées* par la décision pénale, et qui affectent également les proches. On peut ici faire un lien avec les constats précédents, à l'effet qu'au sein du système, les implications d'une peine de prison ont tendance à être banalisées ; dans la rationalité pénale moderne, l'enfermement est survalorisé (Pires, 2001b) et il en devient, corolairement, normalisé. Ses effets indésirables ne présentent alors rien de « spectaculaire ».

Enfin, quelques effets sont restés dans l'angle mort des personnes rencontrées, comme la modification de la perception du système pénal et l'atteinte au sentiment de citoyenneté (Jardine, 2019), ou encore les difficultés associées aux peines purgées dans la collectivité (Devresse, 2019), l'élément dont l'absence est la plus frappante demeurant l'accentuation des inégalités pré-existantes.

5.5 Conclusion – Voir les effets concrets de la peine sur les proches : une « mission impossible » ?

The seriousness of the core phenomena within penal law is easily forgotten.

NILS CHRISTIE (1981)

Dans ce chapitre, nous avons mis sous la loupe la notion d'*effets de la peine sur les proches*. À partir du matériel empirique, nous avons décrit la manière dont les juges se représentent celle-ci ; à travers cette analyse, nous avons cherché à observer si et, le cas échéant, comment ces effets étaient visibles pour les acteurs et actrices. Or, les données ont montré que plusieurs barrières cognitives viennent faire obstacle à une réelle *visualisation* des effets potentiels de la peine sur les proches dans le contexte de la détermination de la peine.

D'abord, les personnes condamnées sont souvent représentées comme étant *responsables* des difficultés de leurs proches, comme si la responsabilité qui leur est imputée dans la commission de l'infraction se dilatait pour s'étendre jusqu'aux conséquences de la peine infligée en bout de ligne par le ou la juge ; nous avons alors parlé de la « responsabilité élargie » qui pèse sur les épaules de la personne condamnée. Ainsi, quoique le système pénal soit responsable de la peine, les effets de celle-ci ne sont pas toujours problématisés comme découlant d'une décision issue du système. Or, répétons-le, responsabiliser la personne condamnée pour les conséquences de la sanction, c'est, en négatif, déresponsabiliser l'institution qui l'inflige, créer une distance entre ses décisions et leurs implications, alors que c'est bien elle qui la sélectionne parmi différentes possibilités de sanctions existantes.

Ensuite, nous avons pu observer un prolongement de cette mise à distance dans la manière dont les acteurs et actrices qualifient les effets de la peine sur les proches : l'emploi de l'adjectif « indirects » rajoute à la déconnexion observée entre la peine d'une part, et ses effets de l'autre. L'emploi de ce terme représente une deuxième barrière à la visibilité des effets *de la peine* sur les proches, en les maintenant éloignés de leur source, à laquelle s'ajoute une troisième barrière de taille : l'étape de la détermination de la peine n'est pas perçue comme étant un moment décisif pour la « production » d'effets touchant les proches. Ces effets auraient lieu soit avant (les acteurs/trices les associant alors aux effets du « crime », par un effet de glissement comme nous l'avons déjà vu²³⁷), auquel cas il ne serait plus possible d'agir, soit après, auquel cas il serait impossible d'en tenir compte au motif qu'ils seraient trop incertains. En tous les cas, à ce moment de la procédure pénale, les acteurs et actrices ne ressentent pas toujours l'ampleur du pouvoir qu'ils et elles détiennent quant aux implications différentielles du choix opérer en lien avec la peine, comme si l'espace décisionnel qui leur est imparti était extrêmement réduit.

Par ailleurs, nous venons de le voir dans la dernière section, l'analyse du matériel empirique montre que de nombreuses difficultés vécues par les proches, documentées dans la littérature, sont évoquées par les actrices et acteurs rencontré-e-s, et sont donc

²³⁷ Voir la section 4.4.

bien visibles pour les juges aussi. Certains effets sont décrits comme relevant d'une expérience concrète (par exemple avoir vu pleurer des proches à la cour, avoir ressenti leur émotion, leur souffrance) ; on peut parler ici d'une *connaissance active* des actrices et acteurs quant à certains effets de la peine. Ce sont des moments vécus concrètement qui sont alors rapportés.

Dans d'autres situations, ces effets sont plutôt présentés comme étant imaginés, soupçonnés – sans prise tangible dans la réalité des proches. On devine les effets, sans disposer d'éléments concrets en mains pour saisir leur matérialité. Ici, on pourrait parler d'une *connaissance passive* des effets de la peine sur les proches. Ainsi, si plusieurs juges se disent très conscient-e-s de ces effets, leur *substance* n'est souvent pas à la portée des acteurs/trices ; ils sont décrits du lointain, dans l'abstraction. Ces constats font écho aux observations de Minson, quant aux effets de la peine pour les enfants dont la mère est incarcérée :

[...] whether they believe them to be a relevant factor in their sentencing decisions or not, all judges know that children will be affected by the imprisonment of their mother. They may not have a proper understanding of the depth and breadth of the impacts but the concern they expressed about children's placement in local authority care [...] demonstrates an understanding of their knowledge of the short and longer term harms which a child suffers if separated from siblings, moved into a strange, new home and removed from their primary caregiver. I suggest that judges can foresee a level of harm to children, although they may not fully understand it. (2020, p. 156, nous soulignons)

Si la perception globale des effets de la peine sur les proches décrite dans l'analyse s'approche des constats scientifiques quant aux vécus des proches, rappelons que ce portrait demeure la somme des effets perçus par l'ensemble des actrices et acteurs constituant le corpus. Prises individuellement, les perceptions des acteurs et actrices sur les effets de la peine demeurent parcellaires et basées sur des impressions. Ces observations résonnent ici avec les propos de Stanley Cohen dans l'ouvrage *States of Denial – Knowing about Atrocities and Suffering*. Il y explore les mécanismes permettant aux humains mais également aux institutions de détourner le regard face à des réalités dérangeantes :

Denial may be neither a matter of telling the truth nor intentionally telling a lie. The statement is not wholly deliberate, and the status of “knowledge” about the truth is not wholly clear. There seem to be states of mind, or even whole cultures, in which we know and don't know at the same time. (2001, p. 4-5, nous soulignons)

Pour reprendre les mots de Cohen, on peut dire, à propos des effets de la peine sur les proches, que les acteurs et les actrices *savent et ne savent pas à la fois*. L'analyse montre l'absence de prise sur le « réel » des effets de la peine – non seulement quant aux proches, mais également quant à la personne condamnée. Les suites de l'infliction de la peine sont appréhendées essentiellement dans une dimension *imaginative*, même si les acteurs et actrices ont répété à maintes reprises « on sait tout ça ». Souvent, au moment de déterminer la peine, ils/elles estiment ne pas détenir les éléments relatifs aux effets envisagés d'une peine sur les proches.

À partir des travaux sur la RPM, nous avons formulé ainsi la première partie de l'hypothèse directrice de la recherche : L'atomisme caractéristique des théories de la peine fonctionne comme un mécanisme de neutralisation (i) quant à la visibilité des proches et des effets potentiellement néfastes de la peine sur ces personnes et sur la préservation des liens sociaux. Les observations que nous avons faites dans les chapitres 4 et 5 nous permettent maintenant de nuancer cette hypothèse : si les proches sont bien visibles pour les acteurs et actrices dans le contexte de la détermination de la peine, comme nous l'avons montré dans le chapitre 4, l'analyse montre que *les effets concrets que la peine implique pour eux* sont plus difficilement visibles en tant que *conséquence de l'intervention pénale*.

Alors que ces effets sont parfois décrits comme une évidence, voire un truisme et une connaissance acquise, l'analyse effectuée tend à montrer que cette connaissance s'avère fondée dans une représentation fondamentalement abstraite et déconnecté de la prise de décision ; nous l'avons alors décrite comme *passive*. Une auto-limitation dans la perception du pouvoir discrétionnaire a également pu être observée, et conduit à ne pas *voir le pouvoir détenu* quant à la survenance de certaines difficultés rencontrées par les proches. Nous traiterons maintenant des rationalités qui gouvernent à l'éventuelle prise en considération des proches en lien avec le choix de la peine : si la peine exerce bien

des effets sur les proches, les proches exercent-ils des effets sur la peine ? Là résidera le cœur du prochain chapitre.

Chapitre 6 – Les effets des proches sur la peine : rationalités et stratégies de prise en compte

Introduction

Dans les chapitres 4 et 5, nous avons concentré l'attention sur les représentations des juges concernant les proches des personnes condamnées, et concernant les effets de la peine, la manière dont les sanctions pénales peuvent les affecter. Après avoir observé ce que la peine peut *faire aux proches*, nous nous pencherons maintenant sur ce que les proches sont susceptibles de *faire à la peine*. Ce dernier chapitre d'analyse a pour objectif de présenter nos observations sur la manière dont ces personnes sont susceptibles d'être intégrées dans le raisonnement sur la peine, à partir des perceptions et expériences des juges interviewé-e-s. Si cette prise en compte n'est pas associée à l'application d'un critère légal de la détermination de la peine par les acteurs/trices, l'analyse toutefois montre que ces effets font partie, comme le formulent Garcia et Dubé, des « critères moins visibles et moins officiels mobilisés pour choisir la peine juste et adéquate » (2017, p. 7).

La palette des rationalités de prise en compte – et de non prise en compte des proches – s'est avérée extrêmement variée. Nous dresserons maintenant un portrait de la manière dont le critère *effets de la peine sur les proches* est vécu et expérimenté par les acteurs/trices dans le cadre du processus décisionnel, et nous décrirons les rationalités qui orientent sa prise en considération²³⁸ ; ce faisant, nous serons en mesure d'observer, en négatif, si les proches sont susceptibles d'exercer un effet *sur le choix de la peine*, comme l'indique le titre de ce chapitre. Il sera découpé en trois sections : d'abord, nous décrirons deux situations face auxquelles la visibilisation des effets de la peine sur les proches s'est avérée un levier important pour influencer *sur la nature de la peine* (6.1). Ensuite, nous présenterons les rationalités qui, au fil de l'analyse, se sont avérées

²³⁸ Précisons que notre tâche ne sera pas de quantifier le poids de ce critère lors de la détermination de la peine, et de procéder à une démonstration exacte de cette influence ; cet aspect ne fait pas partie des objectifs de cette recherche. Qui plus est, le rôle des proches est loin d'être quantifiable et dépend de chaque situation.

constituer des obstacles à la prise en considération substantielle de ces effets (6.2). Enfin, nous réfléchirons à la manière dont cette prise en considération est susceptible de favoriser une intervention pénale qui soit plus soucieuse des difficultés qu'elle engendre (6.3).

Ce découpage répond à la vocation première de cette thèse : montrer la manière dont les effets de la peine sur les proches sont problématisés au sein du système de droit criminel, présenter les rationalités qui contribuent à fabriquer des angles morts face aux effets de l'intervention pénale sur des tiers, mais également décrire les zones d'« ouverture » cognitive à ces effets, les espaces où la fatalité des conséquences de la peine est susceptible d'être remise en question, ainsi que les différentes rationalités qui favorisent une incarnation des *valeurs positives* du système, telle que la modération des peines ou encore l'inclusion sociale (voir Garcia et Dubé, 2017b).

6.1 Le pouvoir des proches : visibiliser le désastre

L'étude de terrain a révélé que la plupart des actrices et acteurs interviewé-e-s sont loin d'ignorer l'existence des proches durant le processus décisionnel. Nous l'avons vu dans les deux chapitres précédents, les proches sont très souvent visibles pour les participant-e-s, et ceux/celles-ci se disent conscient-e-s, voire parfois soucieux/ses, des effets de la peine sur ces personnes ; la description qu'ils font des difficultés des proches se rapproche de celle issue de la littérature²³⁹.

Or, les données tendent à montrer que cette préoccupation n'est pas « cosmétique » : celles-ci contiennent de nombreux indicateurs montrant que les effets de la peine sur les proches *sont fréquemment* pris en considération dans la détermination de la peine juste et adéquate, dans certains contextes. Nous avons ainsi identifié deux situations spécifiques où la reconnaissance des effets de la peine sur les proches est susceptible d'exercer une influence concrète *sur la peine* : la menace de l'incarcération, et la menace de l'expulsion. Ces situations se sont révélées être des contextes cognitifs privilégiés pour

²³⁹ Voir la section 5.4.

voir au-delà de la peine, pour connecter celle-ci avec les effets qu'elle implique ; des espaces réflexifs se présentant comme des « brèches » dans les rationalités dominantes.

Nous avons observé dans une recherche exploratoire menée dans la jurisprudence canadienne que dans le contexte de la détermination de la peine, l'existence de proches est parfois considérée comme une « circonstance atténuante » (voir Saussure, 2019b) ; dans ces situations, nous constatons alors que leur prise en compte, dans les discours judiciaires, s'opérait souvent dans le calcul du *quantum* de la peine. Cette représentation de la manière dont les proches peuvent être intégrés dans le raisonnement sur la peine, c'est-à-dire au moyen d'un ajustement du curseur quantitatif de la peine en fonction de la situation personnelle de l'auteur/trice, est typique de la rationalité pénale moderne. Comme le remarque Pires, dans la RPM,

[...] on rendra officielle une ligne de pensée médiévale selon laquelle c'est la peine afflictive qui communique la valeur de la norme de comportement et le degré de réprobation en cas de non respect. La quantité du mal (norme de sanction) communiquerait le degré d'attachement au bien (norme de comportement honorée). (2001b, p. 182)

Mobilisé avec cette rationalité, ce critère est susceptible d'induire un « rabais » sur la peine prononcée, justifiée par l'application du principe de proportionnalité : la quantité de peine est diminuée au nom du principe de proportionnalité, afin de tenir compte de la situation familiale de la personne condamnée. Pour évoquer ce phénomène, Kerr (2019) parle de « duration focus » : la prise en compte est essentiellement axée autour du *quantum* de la peine²⁴⁰. Elle fait par ailleurs peu de cas des effets *concrets* de la sanction *sur les proches*. Or, nous avons repéré dans le matériel empirique une autre manière d'intégrer les effets sur les proches au raisonnement : une intégration liée à la *nature* de la peine. Plutôt que la quantité de peine, c'est sa qualité qui se transforme au contact des proches. En effet, on observe deux espaces de visibilité particulière pour les effets sur les proches, qui sont alors associées à une *autre représentation de leur prise en considération*. Cet élément est apparu comme déterminant dans notre analyse, dans la mesure où il s'éloignait des

²⁴⁰ Voir la section 2.3 et l'hypothèse de départ, où nous évoquions cet aspect. Nous reviendrons plus en détail sur la prise en compte des effets sur les proches en tant que facteur atténuant et aggravant dans la section 6.2.1.2.

affirmations, fréquentes, à l'effet que les effets de la peine sur les proches n'étaient généralement pas pris en compte, ou ne l'étaient que de manière marginale.

Nous présenterons donc maintenant les deux situations qui sont apparues comme étant susceptibles de favoriser la mise en lumière des *effets concrets de la peine* sur les proches, et d'en déclencher une prise en compte substantielle : la menace de l'emprisonnement (6.1.1), et la menace d'une expulsion du territoire (6.1.2). Face à ces « menaces » et à leurs effets potentiels sur les proches, la *nature* de la sanction interpelle particulièrement les actrices et acteurs, comme nous allons le voir.

6.1.1 Les proches et les « zones frontières » : le désastre de l'enfermement

Dans cette section, nous présenterons ce qui s'est avéré une « découverte » dans l'analyse des données récoltées : l'influence des effets sur les proches, dans les expériences des juges, sur la *nature* de la peine prononcée. Nous avons observé dans la jurisprudence canadienne que les théories de la peine semblent agir comme obstacle à une prise en compte des effets de la peine sur les proches qui préserverait leurs liens avec la personne condamnée, et qui aurait une influence sur le choix du type de peine à privilégier (Saussure, 2019b). Nous notions alors que

[s]ur le plan des idées, le support cognitif représenté par la mise en évidence des liens entretenus avec les proches s'avère insuffisant pour sortir de la logique de l'incarcération, leur préservation n'étant pas substantiellement valorisée par le système de droit criminel. (p. 216)

Ainsi, les décisions judiciaires intègrent souvent l'existence des proches dans le « package » des circonstances atténuantes, et leur prise en compte est « noyée » parmi celles d'autres éléments²⁴¹ ; dans un tel schéma, elle est souvent limitée à une diminution de la quantité de peine infligée. Or, le matériel empirique récolté témoigne d'une perspective très différente dans les expériences relatées par les juges : la visibilité des effets de la peine de prison sur les proches, et leur reconnaissance, semble susceptible

²⁴¹ Nous reviendrons sur cet élément dans la section 6.2.1.2.

de favoriser un réflexe de *retenue* face à l'usage de cette peine. D'après les données, c'est lorsque la prison est « évitable », d'un point de vue légal – considérant notamment la latitude offerte par le cadre légal de la détermination de la peine –, que les effets sur les proches sont perçus comme jouant un rôle important dans le processus décisionnel. Quand l'espace sentenciel se trouve à cheval entre la prison et la peine non carcérale, alors leur prise en considération serait plus marquée. Un-e acteur/trice exprime cela sous forme d'intuition :

JUGE #7 : [...] j'ai zéro donnée pour l'affirmer mais probablement que ce type de preuve-là [quant aux effets sur les proches] est susceptible d'avoir un impact qui est déterminant dans les cas frontières ou limites. [...] [L]orsque la juge ou le juge hésite entre une privation de liberté plus grande [...], et la préservation de la contribution du délinquant par un emploi et soutien de famille, je pense que c'est probablement là où c'est susceptible... d'avoir un impact.

La frontière, la limite dont il est question est donc celle de l'enfermement : le choix de la prison est celui qui implique les *effets* les plus importants, les plus dommageables pour les liens sociaux. Or, ce raisonnement s'observe dans de nombreux extraits : c'est lorsqu'il s'agit de choisir entre la *prison* ou une peine *autre*, entre une peine de prison *ferme* ou assortie d'un *sursis*, que le rôle du critère lié aux proches est décrit comme important. Ainsi, si les acteurs/trices ont souvent peu de visibilité sur ce qu'il adviendra d'une personne condamnée à une peine de prison, et sur les effets *concrets* et *spécifiques* de cette sanction sur son entourage, les données indiquent que cette peine demeure représentée comme un point de bascule. Lorsqu'il s'agit de choisir entre l'exclusion sociale et le maintien dans la collectivité, le rôle des proches dans le raisonnement se manifeste de manière plus importante :

JUGE #5 : [les proches] ça peut être un élément sur une peine d'emprisonnement. Un dossier par exemple qui est à la limite entre la peine d'emprisonnement et [...] une peine à purger dans la collectivité. Ça va être un élément qui va être considéré. Mais est-ce que ça va faire la différence entre cinq ans de pénitencier puis une sentence suspendue ? Non. Ça pourra pas.

JUGE #2 : Donc c'est évident que quand on est dans ces limites de deux ans et de trois ans²⁴², la présence des proches va être quelque chose qu'on va prendre en compte, qui va être essentielle. (nous soulignons)

JUGE #4 : Jusqu'à six mois on a le choix entre les deux types de peine [...] ²⁴³. J'imagine que si nous avons quelqu'un qui a un travail et qui est le soutien de famille principal, on pourrait être tenté [...] de donner la priorité sur la peine pécuniaire plutôt que sur la peine privative de liberté. Mais autrement [...] les effets collatéraux de la peine sur les proches sont pas tellement pris en compte.

On observe dans ces extraits nombreux ce que nous avançons au début de ce chapitre : la perspective de pénaliser l'entourage par la peine *est concrètement mobilisée en tant que critère* par les acteurs/trices afin de déterminer la peine juste et adéquate. Les acteurs et actrices le verbalisent : au moment de choisir la peine, le souci de ne pas atteindre, ou pas trop fortement les proches, est souvent présent ; considérant ce souci, ils/elles vont alors utiliser leur pouvoir discrétionnaire et chercher à choisir la peine qui soit la moins contraignante :

JUGE #8 : [...] le juge a des outils. [...] Et ça s'appelle les peines avec sursis, les peines rendues au sein de la collectivité [...]. [...] Quand on peut le faire lorsqu'on est dans des peines de deux ans et moins²⁴⁴, bien ça aide. On dit « bon bien voilà un facteur ». [...] On veut pas pénaliser la famille, [...] les enfants. On veut sanctionner [...] le délinquant [...]. [Dans ces cas] les peines avec sursis ça s'avère être... une bonne méthode. Puis ça préserve la stabilité de la famille [...] financière, émotive, les relations avec les enfants. Ça pallie beaucoup de problèmes [de] la détention ferme [...].

Dans cet extrait apparaît de manière très visible l'idée de *ne pas pénaliser la famille avec la peine*, de faire preuve de modération dans l'intervention pour atteindre concrètement ce but, et pour éviter de sanctionner des tiers. Les outils juridiques qui permettent de choisir une peine non carcérale sont ainsi employés pour prendre en compte l'existence des proches :

JUGE #18 : [Les proches] [ç]a peut avoir un impact important [...] si [...] la personne peut purger sa peine en détention ou en collectivité. [Pour] certaines

²⁴² En droit suisse, le sursis complet est possible pour les peines allant jusqu'à deux ans (art. 42 CP) et le sursis partiel pour les peines allant jusqu'à trois ans (art. 43 CP)

²⁴³ Voir l'article 34 al. 1 CP, qui prévoit qu'au-delà de 180 jours, la peine pécuniaire ne peut plus être prononcée.

²⁴⁴ Voir l'article 742.1 C.cr., qui prévoit l'octroi du sursis pour les peines allant jusqu'à deux ans d'emprisonnement.

infractions [...] tu peux avoir [les deux]. Dépendant du quantum prévu au *Code criminel*.

JUGE #11 : [...] c'est vraiment quand on est proche de ces limites de 24 mois [sursis total] ou de 36 mois [sursis partiel] qu'on va se poser la question [des enfants des personnes condamnées].

Nous voyons que la prise en compte des proches dans les « zones limites » est loin d'être anecdotique dans les données ; la démarche d'entretien s'est ainsi avérée particulièrement riche, dans la mesure où elle a révélé une pratique dans la détermination de la peine peu visible dans les communications juridiques traditionnelles. Pour l'aborder, nous pouvons nous appuyer sur les constats de Garcia et Dubé quant au caractère *perméable* de la détermination de la peine :

Sur le plan décisionnel, si le procès peut compter sur un encadrement procédural plus strict, la détermination de la peine bénéficie quant à elle d'une latitude contrastante. La Cour suprême du Canada reconnaît ce contraste et admet que le prononcé de la peine « diffère considérablement du procès, en ce qu'il est plus informel »²⁴⁵. Cette *informalité* rend ce processus potentiellement plus perméable à l'inclusion de considérations qui n'ont pas nécessairement été préalablement contrôlées par le droit ou préalablement encadrées par des garanties juridiques. Mais cette informalité est néanmoins balisée par des règles, la loi, le *Code criminel*, la *Charte canadienne* et la jurisprudence. (2019, p. 549-550, emphase des auteurs/trices)

Suivant ce constat, à la lumière de nos données, nous pouvons affirmer que les effets envisagés d'une peine sur les proches des personnes condamnées constituent un *critère informel*, mobilisé par les acteurs et actrices pour déterminer la peine. La perméabilité du processus qui conduit au prononcé d'une peine, décrite ci-dessus par Garcia et Dubé, permet l'ouverture d'une brèche dans la rationalité atomiste qui oriente les pratiques en matière de sanction. Nous avons formulé précédemment²⁴⁶ l'hypothèse voulant que les effets sur les proches puissent constituer une partie du « opaque material »²⁴⁷ mobilisé par les actrices et acteurs durant le processus décisionnel ; nous avons alors suggéré que la *perception* de ce matériel était orientée par les idées valorisées par la RPM, comme la

²⁴⁵ Voir la dissidence du juge Gascon dans *R. c. Lacasse* (2015), au par. 59.

²⁴⁶ Voir la section 2.4.

²⁴⁷ L'expression est de Luhmann : « Theories classify the subject matter, they organize the opaque material with which legal practice is faced and turn it into problem-related and case-related constellations, which from then on can restrict and guide the process of decision-making » (1993/2004, p. 53).

valorisation de l'exclusion sociale et des peines carcérales dans le choix des peines, et l'absence de préoccupation pour les liens sociaux des personnes condamnées.

Or, les données tendent à infirmer cette hypothèse, ou à tout le moins invitent à la nuancer. En effet, l'analyse montre que les effets qu'une peine aura sur l'entourage fait partie du « matériel décisionnel », et que ce matériel est parfois pensé et employé *en dehors des idées de la RPM*. Face à la menace d'une incarcération et à ses effets considérables pour les proches, dans ces zones dites « frontières » où la prison peut être évitée, les juges s'auto-limitent dans leur punitivité. Ces situations déclenchent une connexion forte avec les effets concrets des décisions pénales ; elles s'avèrent un point focal pour la reconnaissance des effets des sanctions sur des tiers par le système, et pour leur prise en compte concrète. Notre analyse permet ainsi d'affirmer que face au « désastre de l'enfermement », les acteurs/trices vont mobiliser les liens sociaux de la personne condamnée d'une manière innovatrice, qui s'éloigne des idées négatives de la RPM. Nous verrons cependant que ces pratiques « alternatives » par rapport à la rationalité dominante (Garcia et Dubé, 2017b), demeurent instables, parce qu'elles ont tendance à être invisibilisées par la rhétorique judiciaire dominante²⁴⁸.

Quand le cadre légal de l'infraction retenue se situe à cheval entre une peine de prison et une peine non privative de liberté donc, on observe que l'existence des proches *agit* sur la peine, elle devient un facteur substantiellement modérateur : la reconnaissance des effets de la sanction sur les proches représente alors un réel frein à l'usage de la prison. À l'inverse, contrairement à ce qui est visible dans la jurisprudence, les données montrent que l'idée de donner un « rabais quantitatif » de peine est souvent perçue comme vaine :

JUGE #10 : [...] à partir du moment où la personne est enfermée, la famille évidemment elle va perdre son soutien. Mais que la personne soit enfermée un peu plus [ou moins] longtemps, la famille devra de toute façon se débrouiller.

La prise en compte des effets sur les proches apparaît tributaire de l'enjeu de la peine : d'après les données, c'est lorsque la privation de liberté peut encore être évitée que la

²⁴⁸ Voir la section 6.3.1.

situation familiale jouera un rôle plus important dans le processus décisionnel. Par ailleurs, les conséquences énormes de cette reconnaissance et de cette prise en considération ne sont pas toujours visibles *pour les acteurs/trices eux/elles-mêmes* ; cela est frappant dans les deux extraits suivants :

JUGE #11 : [...] l'élément prioritaire pour fixer une peine, c'est la culpabilité de l'auteur. L'élément de la situation personnelle et familiale, on doit en tenir compte de par la loi, mais il est vraiment secondaire. Et moi je pense que dans certaines situations, [...] si on est dans un cadre de peine où [...] on peut se poser la question : « Est-ce que je prononce une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté ? [...] [A]vec sursis ou sursis partiel ? » Là je pense qu'on doit prendre en compte [...] la présence d'enfants, [et ça peut arriver aussi que] la personne qu'on doit condamner [soit] soutien de famille vis-à-vis des parents aussi, hein. (nous soulignons)

JUGE #20 : [...] si on a une culpabilité qui mérite vraiment une peine disons de six ans, [...] pour tenir compte de la situation familiale de l'auteur on va jamais pouvoir descendre à une peine compatible avec le sursis²⁴⁹, ça c'est pas possible, parce que c'est quand même une correction plutôt marginale. En revanche, si on a une peine qui est vers les zones frontalières entre les peines où le sursis est possible et celles où [il ne n'est pas,] là on va en tenir compte [...]. [...] [A]ussi les peines qui peuvent être faites sous forme de semi-détention, c'est jusqu'à douze mois. Quelqu'un qui mériterait peut-être quatorze, on va dire : non, on descend à douze, et comme ça il peut faire de la semi-détention²⁵⁰ [...] Idem avec le port du bracelet électronique [...]. (nous soulignons)

Dans ce dernier extrait, la prise en compte des proches est dite « marginale » parce qu'elle est associée à une modulation du *temps* de la peine : diminuer de deux mois la durée de la peine imposée pour permettre à la personne condamnée de bénéficier d'un régime de semi-détention ou de porter un bracelet électronique²⁵¹ ; en un sens, l'acteur/trice sous-estime les effets positifs de sa propre décision, ces effets positifs demeurant presque dans un angle mort, même pour celui qui décide d'une peine qui fera toute la différence sur le plan de la préservations des liens sociaux.

²⁴⁹ C'est-à-dire trente-six mois dans le droit suisse.

²⁵⁰ Dans le droit suisse, la semi-détention consiste à travailler à l'extérieur et à passer les week-ends, les nuits et les vacances en prison.

²⁵¹ Voir l'article 77b CP pour la semi-détention et l'article 79b al. 1 let. b CP pour le bracelet électronique, tout deux possibles pour les peines ne dépassant pas douze mois. Précisons que ce ne sont pas les juges du fond qui décident de cela, dans la mesure où il s'agit des *modalités d'exécution* de la peine. En Suisse, ce sont les tribunaux des mesures de contrainte (TMC) qui statuent à cet égard.

Soyons claires : pour les proches, et pour la personne condamnée, un passage du « in » au « out » est *colossal* ; or, l'attention mise sur le *quantum* masque le changement fondamental induit par cette baisse dite « marginale », comme si les acteurs voyaient la ligne de démarcation fondamentale qui existent entre les peines carcérales et non carcérales, mais ne voient pas l'immense contribution que leur choix fait à la vie sociale des personnes impliquées. Cette perception s'avère ancrée dans l'idée que « severity can be measured and distributed in units of time », comme le formule Kerr (2019, p. 89) en décrivant le problème du « duration focus » qui caractérise les différentes théories pénales. L'idée de quelque chose qui est visible et invisible, connu et inconnu *en même temps* revient ici aussi : « we know and don't know at the same time » (Cohen, 2001, p. 5).

À partir des données empiriques, nous avons pu observer que l'ouverture à la prise en considération des effets de la peine et de la possibilité de préserver les liens sociaux ont comme effet d'estomper les idées qui dominent la rationalité pénale moderne, essentiellement articulée autour de l'affliction et de l'exclusion sociale de la personne condamnée. Plusieurs des personnes interviewées ont exprimé une réelle préoccupation pour les liens sociaux de la personne condamnée et pour les effets concrets d'une peine de prison, tant sur les proches que sur la personne condamnée. La rationalité à l'œuvre dans le choix de la peine n'est plus atomiste : l'analyse montre que l'effet envisagé de la prison sur les proches ouvre un regard critique sur la manière d'intervenir. On peut observer ici un réel « pouvoir des proches » pour stimuler une modération de l'intervention : lorsque les acteurs/trices s'ouvrent à la *totalité de la situation* (Parker Follett, 1924/2013) qui leur est soumise, alors ils/elles *utilisent* leur « capacité d'évaluer les effets de la décision juridique sur ses destinataires » (Garcia, 2020, p. 651), qu'ils en soient les destinataires directs ou indirects. Plus loin, le/la juge #20 relate une situation marquante, où on observe une telle préoccupation :

JUGE #20 : [...] je me rappelle d'[une personne condamnée qui] avait fait une période en détention préventive, [...] il était veuf et il s'occupait vraiment très bien de ses enfants en bas âge. Et ça, c'était l'élément qui avait marqué [...] et on a dit : « [...] on peut pas le renvoyer en prison, ce serait néfaste pour tout le monde », [...] et on a tout fait pour lui mettre une peine qui était compatible [avec le sursis] [...].

Dans cet extrait encore, on voit que c'est la « totalité de la situation » qui a été prise en considération pour choisir la peine : la prison est vue comme néfaste *pour tout le monde*. En reprenant une idée formulée par Garcia, et précédemment mobilisée pour élaborer les questions de cette recherche²⁵², on peut dire ici que l'acteur/trice intègre concrètement les effets de la peine sur les proches dans son environnement cognitif, et son regard s'ouvre à la « totalité de la situation » à laquelle il/elle fait face ; le processus de détermination de la peine s'inscrit alors dans « une zone élargie de l'activité normative du droit qui prend en considération des effets allant au-delà de l'application d'une règle au destinataire direct de la décision juridique » (2020, p. 651, note 9). Cette approche *désatomise* la personne condamnée pour reconnaître de manière substantielle les effets désastreux que la sanction peut avoir sur des tiers, en l'occurrence ici ses jeunes enfants.

Cette rationalité peut avantageusement être observée à partir d'un concept en cours de développement à la *Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale* de l'Université d'Ottawa, sur lequel nous aimerions nous attarder : le « seuil du désastre »²⁵³. Ce concept a été employé pour décrire un seuil au-delà duquel la réaction du système de droit criminel *annule* ses propres valeurs fondamentales (par exemple la valeur « vie », la valeur « dignité humaine », la valeur « liberté »). Plutôt qu'un point fixe, Moreau et Moreau (2023) expliquent qu'il s'agit d'un indicateur, voire d'une « alerte », permettant de *montrer* que l'intervention est susceptible de compromettre les valeurs qu'elle valorise, qu'elle risque de les détruire elle-même à travers le *moyen* qu'elle emploie pour réagir à l'infraction. Précisons que ce « seuil » n'est pas influencé par la gravité des faits : il se situe au-delà de cette logique, qui enferme la réaction pénale dans l'acte (voir Freitas et Garcia, à paraître). Ce dispositif invite à concevoir l'intervention pénale comme devant *maximaliser* les valeurs du système de droit criminel à l'égard de tous et chacun (Moreau et Moreau, 2023).

²⁵² Voir la section 1.2.3.

²⁵³ Ce concept est encore émergent ; son idée centrale a été élaborée par Alvaro Pires, puis discutée lors d'une conférence par Moreau et Moreau (2023), sur laquelle nous appuyons cette réflexion, en souhaitant contribuer ainsi à son élaboration.

Selon nous, on peut trouver la genèse de cette idée dans des travaux antérieurs de Pires, dans lesquels il interroge le rapport du droit criminel à ses *valeurs sociales fondamentales* (2001a) : en se basant sur les travaux de Mead (1918), Pires montre en effet que

[...] le droit criminel, comme organisation, *défend* mais *n'exprime pas* les valeurs fondamentales [...]. [Il] défend des valeurs abstraites, mais il ne se donne pas pour mission d'exprimer de façon concrète et immédiate les valeurs qu'il défend dans son propre fonctionnement (ni dans son système de pensée). Mead dit que les valeurs que nous protégeons ici sont des valeurs-sacrifice (*sacrifice values*) et non des valeurs d'usage (*values in use*) [...]. (2001a, p. 156-157, emphase de l'auteur)

Face à ce constat, nous avons parlé plus tôt²⁵⁴ d'un hiatus entre les valeurs *abstraites* promues par le droit criminel, et leur expression *concrète* dans l'application de ce dernier. Pires donne un exemple de ce hiatus à partir de la théorie rétributiviste de Kant, qui permet de bien montrer ce phénomène :

Reprenons la logique de KANT : si je tue pour montrer que je tiens (abstraitement) à la valeur vie ou pour « effacer » le mal, je n'exprime pas positivement, immédiatement et directement mon attachement à cette valeur « vie » dans le cadre de mon fonctionnement comme justice. Et je n'exprime non plus d'autres valeurs sociales fondamentales auxquelles nous tenons : l'obligation de tenir compte du lien social, la valeur de la réparation positive, du pardon de la victime, etc. Au contraire, cette arme est même incongrue avec nos valeurs telles que nous les vivons ou voulons les vivre. (2001a, p. 157)

Ainsi, dans la mesure où la valeur « vie » est fondamentale aux yeux du droit criminel, et que son objectif est de la protéger, si le moyen choisi pour sanctionner une personne ayant retiré la vie à une autre est la peine de mort, alors le système dépasse le « seuil du désastre » ; concrètement, à travers l'intervention, il *annule* ses propres valeurs.

Ces développements nous amènent à décrire le « seuil du désastre » comme un *dispositif sentinelle*, qui présente selon nous un grand intérêt à deux égards : d'une part, cet outil indique au système une ligne à ne pas franchir pour ne pas détruire ses propres valeurs ; ce faisant, il agit comme un rappel eu égard aux valeurs fondamentales et positives du système. D'autre part, le « seuil du désastre », en montrant concrètement le risque

²⁵⁴ Nous avons déjà utilisé ces idées dans le développement du cadre théorique, voir la section 2.2.

d'annulation des valeurs dans la décision pénale, permet de rendre l'observateur/trice attentif/ve aux conséquences concrètes de l'intervention. En nous appuyant sur la distinction formulée par Mead (1918), on peut dire que ce dispositif a le potentiel de rendre visible le *sacrifice* des valeurs fondamentales et positives du système, et d'inviter à mettre ces valeurs *en usage* dans la réaction pénale, c'est-à-dire à les actualiser dans la décision. Ce potentiel nous pousse à suggérer que le dispositif du « seuil du désastre » serait à même de favoriser l'éthique de l'action en boucle proposée par Garcia²⁵⁵ :

L'action du droit doit se concevoir en boucle, c'est-à-dire dans le sens d'une logique bilatérale où, dans la réponse à un conflit, le droit peut exprimer ses valeurs positives. [...] Dans sa réaction, il doit garder présentes les valeurs positives fondamentales du droit et la valeur éthique des différentes options de réaction parmi lesquelles il peut choisir. (2020, p. 663, nous soulignons)

Rappeler les valeurs fondamentales et montrer les conséquences d'un dépassement du seuil fait de ce dispositif un outil capable d'amener le droit criminel à se montrer *responsif*, au sens où l'a décrit Garcia, en s'appuyant sur les travaux de Nonet et Selznick (1978), c'est-à-dire « [...] un type de droit qui [...] prend en considération les conséquences de son action et cherche sa légitimité d'une manière substantive » (2020, p. 662)²⁵⁶.

Utilisons maintenant ces développements sur le « seuil du désastre » pour observer la rationalité décrite dans cette section – c'est-à-dire le fait, face aux effets envisagés d'une peine de prison sur les proches, de choisir une peine non-carcérale dans les zones dites « frontières ». L'analyse des données permet de détecter, dans les points de vue des acteurs et actrices, une manifestation empirique de cet outil : dans ces zones décisionnelles, oscillant entre une peine non carcérale et une peine de prison, choisir cette dernière apparaît comme susceptible de franchir le « seuil du désastre ».

La « méthodologie » utilisée par certain-e-s juges interviewé-e-s pour penser la peine juste peut s'apparenter à celle du *dispositif sentinelle* que nous avons décrit : envisager

²⁵⁵ Voir la section 5.1.2, où nous décrivons plus en détail sa proposition.

²⁵⁶ Le concept de « droit responsif » a été élaboré par Nonet et Selznick dans leur ouvrage *Law and Society in Transition. Toward a Responsive Law* (1978). D'après ces auteurs, une institution qui est *responsive* « requires the guidance of purposes, [which] set standards for criticizing established practices, thereby opening ways to change » (1978, p. 76-77).

les effets dommageables que la prison générera sur les proches ouvre un questionnement sur la *meilleure réaction possible* dans les circonstances, et peut conduire à actualiser les valeurs positives du système, comme la modération de la peine, l'inclusion sociale, la protection de la liberté et l'atteinte minimale aux droits. Lorsque les risques humains associés à la peine de prison leur apparaissent pleinement, cette « vision désastreuse » induit chez eux/elles un réflexe d'auto-contrôle dans le processus décisionnel. On pourrait dire qu'elle ouvre une brèche dans la manière de penser la peine : une sanction qui atteindrait de manière lourde des tiers détruirait-elle les valeurs sociales fondamentales du droit criminel ?

Ainsi, si nous avons observé plus tôt un mouvement de glissement cognitif, qui amène certain-e-s acteurs et actrices à se distancer de la responsabilité des effets des peines²⁵⁷, l'analyse montre que dans des situations précises, les juges témoignent en quelque sorte d'une « éthique du *pour-l'autre* », comme l'ont décrit Dubé et Labonté à partir de la philosophie lévinassienne²⁵⁸ :

Dans une éthique du *pour-l'autre*, [...] [les valeurs associées aux droits de la personne telles que la vie, la liberté et la dignité humaine] ne nous quittent jamais, elles continuent sans cesse et malgré tout d'être protégées et de se refléter intégralement dans les modes d'intervention que suscite leur transgression. (2016, p. 698)

Cette éthique nous semble également féconde à mettre en relation avec le « seuil du désastre » : on peut approfondir sa description, en ajoutant que ce seuil *incarne*, dans la décision pénale, une « éthique du *pour-l'autre* ». Quand les proches font pencher la balance dans le sens de l'inclusion sociale de la personne condamnée, et dans le respect de valeurs positives dans l'intervention, on peut dire que leur existence induit une réelle percée réflexive et garantiste dans la détermination de la peine : plus que sa *quantité*, c'est sa *qualité* qui devient le fil conducteur de la prise de décision (voir également Freitas et Garcia, à paraître). En évitant le « désastre de l'enfermement », les juges se refusent à dépasser un seuil qui atteindrait les valeurs dont ils et elles sont les garants.

²⁵⁷ Voir la section 5.1.2.

²⁵⁸ *Ibid.*

L'usage du dispositif du « seuil du désastre » semble facilité dans les situations qui se trouvent dans les « zones frontières » ; si le cadre légal de l'infraction retenue enjoint de prononcer une peine de prison ferme, alors le futur des proches est perçu comme inévitablement hypothéqué, et les effets de la peine sur les proches ne sont de manière générale pas représentés comme étant un facteur pertinent. Par exemple, le fait de décrire une infraction comme constituant un « crime grave » semble anéantir toute considération pour les effets de la peine²⁵⁹ :

JUGE #20 : [...] c'est dans ces zones tampons que c'est difficile et que ça a une influence, je pense, qui est la plus importante. Quand on a dépassé [c]es zones [...] c'est pas tellement la situation personnelle qui va faire la différence là. On regardera plutôt la peine qu'il mériterait par rapport à la culpabilité.

Dans le même sens, l'existence de peines minimales apparaît comme un obstacle considérable à la prise en compte de l'existence des proches : dans ces cas-là, « [...] tu as pas le choix. Le juge a comme les mains attachées. » (**JUGE #17**). Ainsi, si les effets envisagés de la peine sur les proches peuvent exercer un effet modérateur sur la peine, ce « pouvoir » demeure balisé par le cadre légal et la jurisprudence. Comme le formule ce-tte juge, la prise en compte des proches prend place lorsqu'il existe un *espace sentenciel résiduel* :

JUGE #9 : [...] pour en tenir compte [...], il faut qu'après avoir fait l'exercice [...] en appliquant les principes et les objectifs du Code, [...] il reste un espace sentenciel qui permet un petit jeu. Et tant qu'on se situe à l'intérieur de ça, oui ça pourrait être pris en considération.

Cet espace s'avère ainsi existant, mais ne parvient pas à rivaliser avec certains paramètres « obligatoires » de la détermination de la peine :

JUGE #9 : [...] quand tu prends [les effets sur les proches] puis tu l[es] confrontes aux autres paramètres qui eux sont obligatoires, tu vois s'il y a de la place ou pas pour aménager ça.

²⁵⁹ Nous reviendrons sur l'influence de la gravité de l'infraction dans la prise en compte des proches, dans la section 6.2.1.1.

Le cadre légal et les « fourchettes »²⁶⁰ établies par la jurisprudence agissent comme un frein à une prise en considération des proches, les critères « officiels » de la détermination de la peine étant prédominants :

JUGE #9 : [...] des fois on va arriver avec une fourchette à la fin [où] Il y a de la place pour imposer [une peine avec sursis] [...]. [...] Mais d'autres fois [...] il y en a pas d'espace. [...] Si le point de chute quand on prend les paramètres codifiés c'est trois ans [de prison], même si c'est dramatique pour la famille, [...] on peut pas ramener ça à une peine qui est dans un créneau inférieur parce qu'il y a des impacts sur les enfants.

On peut appliquer à ce type de raisonnement la grille de lecture fournie par Garcia quant aux différents rapports à la norme juridique : la relation au droit peut être décrite ici comme témoignant d'une forme d'*aliénation*, dans la mesure où

[...] le droit se coupe systématiquement de son propre champ de possibilités en se refermant sur des façons de faire mécanicistes et rigides. [...] [...] [D]ans ce rapport étroit au droit positif, le droit produit l'acteur qui l'utilise plus que l'acteur ne produit le droit. (2020, p. 650-651)

Garcia oppose ce rapport au droit à une attitude plus inventive, qui se base sur l'idée de participation active à la création du droit, plutôt que sur le maintien de la tradition, et qui « sort de la logique de l'interprétation pure et simple pour adopter la logique de la création » (Garcia, 2020, p. 655). Nous y reviendrons dans la dernière section de ce chapitre²⁶¹.

Pour conclure cette section, notons l'importance de cette « découverte » issue des données : lorsqu'une personne condamnée est menacée par une peine d'emprisonnement, et que celle-ci n'est pas *la seule peine possible juridiquement* pour l'infraction retenue, alors les effets de la peine sur les proches apparaissent comme un levier pour « désatomiser » la détermination de la peine et considérer ses implications concrètes sur les individus ; la visibilité de ces effets s'élargit dans ces situations, ouvrant une brèche dans la rationalité atomiste et abstraite qui domine la conception de la peine

²⁶⁰ Sur les « fourchettes » de peine, voir la note 57, à la page 74.

²⁶¹ Voir la section 6.3.

dans la RPM (Pires, 2001b)²⁶². Nous avons prolongé ce constat en montrant qu'en choisissant une peine non-carcérale *considérant les effets qu'aurait une peine de prison* sur les proches, les actrices et acteurs mobilisent un raisonnement qu'on peut apparenter au dispositif du « seuil du désastre » : ils/elles parviennent à *voir les implications* de leur choix en matière de peine, et ajustent ce dernier en fonction des valeurs positives et garantistes du droit criminel. Face à l'éventuel « désastre de l'enfermement », les acteurs/trices vont mobiliser les liens sociaux de la personne condamnée d'une manière innovatrice, qui s'éloigne des idées négatives de la RPM.

Voyons maintenant une autre « menace » qui s'est révélée particulièrement à même de visibiliser ces effets, et de favoriser leur prise en considération : l'expulsion du territoire.

6.1.2 Les proches et l'expulsion : le désastre de la mise au ban

En Suisse, le *Code pénal* permet – parfois impose – aux tribunaux pénaux de prononcer l'expulsion du territoire des personnes condamnées, lorsqu'elles ne sont pas de nationalité suisse. Or, cet outil judiciaire s'est révélé un sujet très important pour plusieurs juges rencontré-e-s. Par exemple, ce-tte participant-e qui mentionne spontanément, en tout début d'entretien, vouloir aborder le thème de l'expulsion :

JUGE #2 : [...] il y a une nouvelle peine qui est entrée en vigueur en Suisse depuis octobre 2016, sauf erreur, qui est l'expulsion [...] qui est une peine qui, par rapport à votre problématique, à mon sens, a aussi un énorme impact sur les proches [...]. Ce serait bien qu'on en parle [...].

Afin de contextualiser l'analyse des points de vue des acteurs/trices en lien avec cet outil juridique, décrivons-le brièvement²⁶³. L'expulsion judiciaire est entrée dans le droit suisse

²⁶² Nous verrons cependant que cette brèche s'avère extrêmement restreinte : dans la section 6.2, nous décrirons les nombreux obstacles cognitifs qui limitent voire neutralisent la prise en compte de ces effets.

²⁶³ Précisons que l'expulsion n'est pas un outil juridiquement disponible pour les juges qui siègent en matière criminelle au Canada ; cette thématique est absente des données récoltées au Canada. C'est la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (et non le *Code criminel*), et notamment ses articles 36 et 37, qui prévoient les situations où des personnes condamnées non-citoyennes du Canada peuvent faire l'objet d'une mesure de renvoi. Celle-ci est prononcée par un-e agente d'immigration ou un tribunal administratif, et non par le/la juge qui détermine la peine.

en 2016 par le biais d'une initiative populaire²⁶⁴. Prévue aux articles 66a et suivants CP, la jurisprudence la considère comme une « mesure à caractère pénal »²⁶⁵ ; elle implique d'expulser du territoire suisse une personne étrangère à la suite d'une condamnation pénale. Cette mesure est soit facultative pour le tribunal²⁶⁶, soit obligatoire si la personne condamnée a été reconnue coupable d'une infraction listée à l'article 66a CP²⁶⁷.

Des exceptions à ce caractère obligatoire subsistent. D'abord, la clause dite « de rigueur », qui permet de renoncer à prononcer l'expulsion pour des motifs liés à la situation personnelle de la personne condamnée²⁶⁸. La jurisprudence qui s'est développée autour de cette exception considère notamment la vie familiale dans l'examen de cette exception²⁶⁹, qui se fait via une pesée d'intérêt. Ensuite, la présence (prouvée) de certains moyens de défense permet de renoncer à prononcer l'expulsion²⁷⁰.

Lorsqu'une expulsion est prononcée, son imposition se fait « dans la foulée » de la peine imposée, de manière concomitante à cette dernière. Pour la personne condamnée, l'expulsion s'appliquera dès l'entrée en force du jugement²⁷¹, mais si la peine ou la mesure

²⁶⁴ Cet outil permet à tout-e citoyen-ne suisse de proposer l'ajout de nouveaux articles à la *Constitution fédérale* ou la modification d'articles existants ; pour aboutir et être soumise en votation populaire, une initiative populaire doit récolter au moins 100'000 signatures. Pour plus de détails sur cet outil, voir le site d'informations « ch.ch » : <https://www.ch.ch/fr/systeme-politique/droits-politiques/initiatives/initiative-federale/#quest-ce-quune-initiative-populaire-federale->

²⁶⁵ Cette qualification a été retenue par le Tribunal fédéral suisse, voir l'ATF 143 IV 168 (consid. 3.2.). Dans le *Code pénal*, l'expulsion judiciaire s'insère dans le chapitre des « Autres mesures » ; sur la nature controversée de cette sanction, entre peine (revêtant un caractère punitif) et mesure (revêtant un caractère sécuritaire), voir Grodecki et Jeanneret (2017).

²⁶⁶ Voir l'article 66a^{bis} CP.

²⁶⁷ Voir l'article 66a CP. La liste des infractions déclenchant une expulsion obligatoire couvre une très large palette de comportements ; elle est trop longue pour être reproduite ici. Parmi les infractions listées on peut citer notamment le meurtre, le viol, le brigandage mais aussi le fait de percevoir abusivement des prestations d'aide sociale.

²⁶⁸ Art. 66a al. 2 CP : « Le juge peut exceptionnellement renoncer à une expulsion lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse. À cet égard, il tiendra compte de la situation particulière de l'étranger qui est né ou qui a grandi en Suisse. »

²⁶⁹ Voir notamment l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_143/2019 du 6 mars 2019, et l'ATF 144 II 1, c. 6.1.

²⁷⁰ Art. 66a al. 3 CP : « Le juge peut également renoncer à l'expulsion si l'acte a été commis en état de défense excusable (art. 16, al. 1) ou de nécessité excusable (art. 18, al. 1). »

²⁷¹ Art. 66c al. 1 CP.

prononcée en parallèle prévoit une privation de liberté, cette dernière devra être exécutée avant l'expulsion du territoire suisse²⁷².

Nous n'entrerons pas plus en détail sur les rouages de l'expulsion judiciaire ; il s'agissait seulement de présenter l'essence de cet outil qui fait partie de l'arsenal des tribunaux pénaux en Suisse, dans la mesure où il a été abordé par plusieurs acteurs/trices, cela afin de contextualiser leur propos. Nous présenterons dans cette section les représentations des personnes interviewées eu égard aux effets de l'expulsion sur les proches, et à leur prise en compte ; en effet, durant l'analyse il est apparu que celles-ci distinguent des représentations relatives aux effets des peines en général.

Plusieurs acteurs/trices perçoivent l'expulsion d'une personne condamnée comme impliquant des conséquences particulièrement importantes pour ses proches :

JUGE #15 : [L'expulsion] ça met quand même les familles dans des situations difficiles. [...] [P]ar rapport au droit de la famille et aux droits de l'enfant... on est amenés [...] à rendre des jugements qui sont lourds de conséquences [au niveau de la famille].

JUGE #13 : [une portion de l'exemple donné est omis] [S]on expulsion à [ce monsieur] conditionnait évidemment son expulsion à elle. Enfin son départ à elle. [...] [E]lle était venue ici avec un regroupement familial, donc plus de permis de séjour pour lui, plus de permis de séjour pour elle, et plus de permis de séjour pour les enfants qui étaient scolarisés [ici,] [...] ça a une implication quand même colossale. [...] Ben la famille, elle est sanctionnée au complet, en réalité.

Ici, les effets de l'expulsion sur les proches sont associés à une peine *collective* : l'acteur/trice *voit* l'effet élargi de la sanction sur des tiers. Or, si Touraut a décrit les effets collectifs de l'enfermement, en les qualifiant d'« expérience carcérale élargie »²⁷³, l'idée que le giron de la peine puisse déborder sur des tiers, et présenter des dimensions collectives, est très peu présente dans le matériel empirique relatif à *l'incarcération*. Si l'infliction d'une peine de prison est une exclusion de la vie sociale, on peut dire que sur le plan cognitif, l'idée de l'expulsion semble déclencher plus facilement la *vision* des effets

²⁷² Art. 66c al. 2 CP.

²⁷³ Cette expression, pour elle, « traduit l'emprise des prisons sur des personnes qui ne sont pas recluses et qui éprouvent pourtant quotidiennement la prison » (2013, p. 94).

potentiels sur les proches que celle de la prison ; celle-ci en un sens, serait plus « inclusive » que l'expulsion. On observe un malaise particulier face aux effets de l'expulsion judiciaire sur les proches, et au caractère obligatoire de cet outil :

- **JUGE #15** : C'est pas évident je trouve, l'expulsion, comme elle existe dans la loi.
- **Est-ce que ça vous heurte [?]**
- Y a des cas où je trouve que c'est assez dur, ouais. Alors là... je vous parle plus d'un point de vue personnel hein.

JUGE #13 : [dans ce dossier] il y avait aussi une problématique d'expulsion [...] importante. [...] [Q]u'est-ce qui se passe quand on expulse pour les familles ? C'est très compliqué. C'est même intenable. Alors après, il faut composer avec la clause de rigueur mais c'est pas facile. [...] C'est particulièrement compliqué si vous expulsez par exemple un père de famille.

On observe dans ces extraits que la sanction qui consiste à expulser une personne confronte l'humanité des acteurs/trices, pour qui l'expulsion est souvent décrite comme complexe, difficile à appliquer, voire « intenable » pour les personnes à qui elle est infligée. D'ailleurs, la possibilité qu'une personne condamnée soit expulsée est parfois perçue comme l'enjeu central d'un dossier au moment de la fixation de la peine, damant le pion à la « menace » de la prison :

JUGE #20 : [...] la peine privative de liberté de quinze mois avec sursis, prononcée pour trafic de stupéfiants, le prévenu il est assez content. Il sait très bien qu'il a fait des infractions, et puis quinze mois avec sursis, il s'en sort assez bien. Mais l'expulsion, non, ça, ça va pas, il l'accepte pas et tout l'enjeu se focalise maintenant sur cette problématique-là.

JUGE #13 : [L]'expulsion c'est quelque chose de si radical, pour des populations en particulier qui ont fui des pays qui sont compliqués, [...] repartir alors qu'ils ont obtenu un statut légal ici, c'est la punition suprême, c'est presque, pour certains, ils le vivent quasi comme une condamnation à mort.

Ainsi, les données indiquent que dans les perceptions des acteurs/rices, les conséquences d'une expulsion du territoire sont parfois plus visibles que celles d'un emprisonnement. Cette observation nous pousse à dire que dans le contexte de la RPM, qui survalorise l'usage de la prison (Garcia, 2013), les conséquences extrêmement néfastes engendrées par cette peine sur les individus s'estompent d'un point de vue

cognitif ; lorsqu'elle est « comparée » à l'expulsion, la peine de prison semble presque inoffensive. Si les relations avec les proches sont susceptibles d'être fortement mises à mal tant par une expulsion que par un emprisonnement, ce n'est que dans le premier cas que cette précarisation est perçue de manière flagrante, un peu comme si la prison était représentée comme une sanction plus « inclusive » que l'expulsion.

Appliquée à ce constat, la théorie de la RPM permet de comprendre les racines de la visibilité différentielle entre effets *de la prison* et effets *de l'expulsion* : cette dernière ne se situe pas dans les frontières du schéma d'explication « classique » de la punition, consacré dans les théories de la peine ; c'est plutôt l'inverse. L'expulsion puise ses racines dans une méthode d'intervention antérieure à la rationalité pénale moderne : le bannissement. Contrairement à la prison, qui est la peine de référence de la rationalité pénale moderne (voir notamment Pires, 2008a), cette forme de mise à l'écart ne fait pas partie de l'arsenal traditionnel du/de la juge pénal-e, mais caractérise plutôt une des grandes formes de tactiques punitives de l'âge classique (Foucault, 2013 ; voir également Robert, 2001). Par exemple, durant les débats précédents l'adoption du *Code pénal de 1791* en France, le bannissement fut vivement critiqué (Van de Kerchove, 2005). Comme le remarque Lefeuvre Déotte, depuis Beccaria,

[...] la punition ne doit plus bannir et stigmatiser, elle accède à un autre rôle, elle doit amender les individus et défendre la société. [...] La pénalité se veut incorporelle, le châtiment doit s'attaquer au cœur, à la pensée, à la volonté, aux dispositions, plutôt qu'au corps. (2010, par. 7)

Au regard de nos résultats de recherche, on peut formuler l'hypothèse voulant que l'expulsion judiciaire soit perçue avec plus de réticence par les juges parce qu'elle est difficile à justifier avec les théories classiques de la peine, quoiqu'elle partage avec ces dernières l'idée de l'obligation de punir, de faire souffrir et d'exclure. Son usage les rebute dans la mesure où il implique d'infliger une souffrance qui « déborde » du cadre usuel des justifications pénales. Plutôt qu'un châtiment au sens classique du terme, l'expulsion – quoiqu'elle soit prononcée par un tribunal – est une sanction avant tout *politique*. Ce constat entre en résonance avec les observations de Ricordeau, qui établit une distinction entre « la contrainte *manifeste* qui était celle du bannissement » et « [la]

contrainte diffuse où ce sont les détenus, comme les proches, qui intériorisent la sanction » (2003, p. 202).

Ainsi, si, comme nous l'avons vu précédemment²⁷⁴, les effets de la prison sur les proches sont parfois représentés comme étant inévitables et présentant une certaine fatalité, les effets envisagés de l'expulsion déclenchent chez certain-e-s acteurs/trices une « alerte », un indicateur d'un risque particulier eu égard à l'intervention pénale. Prononcer une expulsion pourrait conduire à dépasser le « seuil du désastre », et compromettre les valeurs du système en réagissant avec un *moyen* tant difficile à justifier sur le plan des raisons pénales qu'inadéquat pour atteindre l'objectif de l'intervention (voir Moreau et Moreau, 2023).

Au bénéfice de cette *visibilité accrue*, les effets de la décision d'expulsion pour la personne condamnée, mais également pour les proches eux-mêmes, semblent alors présenter un rôle particulier dans le processus décisionnel, parfois décrit comme plus important que pour la décision sur la peine ; les données indiquent ainsi que la situation des proches s'avère un élément hautement important à considérer, et qui milite en faveur d'une limitation de l'usage de l'expulsion :

JUGE #2 : [la relation avec les enfants] ça va aussi jouer un rôle très important avec ces fameuses peines²⁷⁵ [...], l'expulsion. [...] [S]'il y a des familles on essaie autant que possible d'éviter de prononcer l'expulsion. [...] [D]ans l'expulsion, la présence de proches sera plus importante que dans la fixation de la peine en tant que telle. C'est une peine [...] sur laquelle on va être très très attentifs à cela.

JUGE #20 : [...] [P]our un certain type d'infractions c'est automatiquement expulsion. Donc c'est vraiment très sévère. Et y a une fameuse clause de rigueur [...] qui permet d'y renoncer [...]. [L]à on tiendra compte également des relations familiales avec ses proches. [...]

²⁷⁴ Voir la section 5.4.1.

²⁷⁵ Notons que dans le *Code pénal*, l'expulsion est dans la section consacrée aux « mesures » et non aux sanctions qualifiées de « peines ».

Le rôle potentiellement modérateur des effets de l'expulsion sur les proches est également décrit par cet-te avocat-e de la défense comme plus important que celui des effets de la prison :

- **AVOCAT-E #2** : Pour moi, [...] un juge va beaucoup plus écouter la déposition d'un proche d'un prévenu exposé à l'expulsion, qu'un proche exposé à une peine privative de liberté.
- **Comment vous expliquez cela ?**
- Parce que la loi le dit [...] [que le tribunal] tiendra compte de la situation particulière de l'étranger qui est né et qui a grandi en Suisse. Donc voyez, ici on a une porte d'entrée pour les relations avec des proches.

Ici, c'est l'existence d'une base légale – la « clause de rigueur » – permettant de ne pas imposer l'expulsion (dans les situations où elle est en principe obligatoire) qui permettrait la prise en compte de la situation des proches ; il en est de même dans cet extrait :

JUGE #15 : [L]es enfants, ils entrent en ligne de compte sur l'expulsion, parce que [...] l'expulsion est obligatoire pour un certain nombre d'infractions, et puis le législateur a prévu une exception... [explications sur le fonctionnement de la clause de rigueur] [...].

Or, soulignons qu'en ce qui concerne l'expulsion, la prise en compte spécifique des proches n'est pas plus mentionnée dans la loi que pour les autres sanctions²⁷⁶. Le libellé de la clause de rigueur ne parle pas des proches, et celle-ci est articulée autour de la situation personnelle.

La prise en compte des proches dans le contexte de l'expulsion est également associée à la réalisation d'une des missions du système pénal :

- **JUGE #2** : [...] la présence des proches [...] elle est peut-être plus importante dans la question de l'expulsion ?
- Oui, oui, parce que l'expulsion concerne la réinsertion sociale, et ça c'est un critère qui est quand même très très important, dans la réinsertion d'une personne à l'issue de sa peine, le fait de pouvoir rejoindre un cercle social, socio-professionnel, affectif qui soit stable, c'est fondamental. Donc la présence de proches avec lesquels le condamné a des liens qui sont

²⁷⁶ Voir l'article 66a al. 2 CP, qui stipule que « Le juge peut exceptionnellement renoncer à une expulsion lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse. À cet égard, il tiendra compte de la situation particulière de l'étranger qui est né ou qui a grandi en Suisse. »

sérieux, qui sont importants, qui sont nutritifs en quelque sorte, dans les deux sens, va être beaucoup plus importante sur le plan de l'expulsion que pour le prononcé de la peine en tant que telle.

Dans cet extrait, la réinsertion sociale est mise au cœur des préoccupations ; même si la personne condamnée demeure au cœur du raisonnement, la mission du système pénal à son égard s'articule autour d'idées *inclusives*, et les liens sociaux sont mobilisés d'une manière *positive*. On retrouve ici la théorie de la réhabilitation telle qu'elle a été conceptualisée durant la seconde modernité : l'exclusion sociale y est perçue comme un obstacle à la réinsertion. Comme le remarque Dubé, dans cette manière de concevoir la réhabilitation, « il s'agit de maintenir au premier plan l'inclusion [...] et de protéger concrètement les liens sociaux contre l'intervention destructrice du droit criminel » (2008, p. 55).

Enfin, les données indiquent que si la possibilité d'une expulsion favorise la visibilité des effets d'une sanction sur les proches, ainsi que leur prise en compte dans le processus décisionnel, cette dernière s'avère fortement limitée par deux éléments : d'abord, par le caractère *obligatoire* de l'expulsion :

JUGE #13 : [...] le problème, c'est toutes ces réglementations extrêmement rigides qui suppriment la marge d'appréciation du juge. [...] Y a l'expulsion obligatoire, qui là alors nous coupe les ailes complètement parce qu'on a en fait très peu de marge de manœuvre hormis dans la clause de rigueur.

Ensuite, par l'interprétation que fait la plus haute cour suisse de cette clause dite « de rigueur » ; sa jurisprudence est décrite comme un frein important à cet égard²⁷⁷, ce qui génère des inconforts pour les acteurs/trices :

JUGE #13 : L'expulsion j'étais très très contre [quand la loi a été votée]. [...] C'est difficile parce qu'en même temps le juge il est censé appliquer la loi et puis d'autant plus une loi votée par le peuple, où... c'est plus difficile de venir dire : ça heurte le système juridique général, puisqu'on sait bien qu'ici, ben ma foi c'est un des effets de la démocratie directe que nous avons, [...] on a un certain nombre de choses qui sont décidées par le peuple. Donc venir comme juge dire : moi, cette loi me convient pas du tout, je le trouve anticonstitutionnelle,

²⁷⁷ Pour une analyse de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse quant à l'application de cette clause, voir notamment Amarelle (2023).

c'est quand même compliqué. Surtout si les initiatives, comme on le sait, elles ont rang constitutionnel [...].

JUGE #15 : [...] une personne qui a commis une infraction soumise à expulsion obligatoire, qui a des enfants qui sont nés, qui ont grandi ici, [...] le Tribunal fédéral dit : « il faut expulser ». Donc c'est devenu vraiment très très dur, et nous des fois on trouve que c'est pas évident [...]. [...] [J]e parle plutôt pour moi parce que chaque collègue a son opinion, mais je sais qu'on est plusieurs à trouver que la jurisprudence est devenue très très restrictive. [...]

On peut analyser ces propos en nous appuyant sur les travaux de Garcia et Dubé (2019) relativement aux menaces à l'indépendance judiciaire. Le malaise exprimé par ces acteurs/trices en lien avec l'imposition d'une expulsion revêt les traits d'une *menace interne* à cette indépendance, menace qui s'avère double : d'une part, la contrainte imposée par la loi est vécue comme *indue* (Garcia et Dubé, 2019), la loi *obligeant* les acteurs/trices à imposer l'expulsion dans certaines circonstances ; d'autre part, la jurisprudence du Tribunal fédérale, décrite comme étant « très restrictive », semble « interf[érer] avec la liberté des acteurs judiciaires dans leur capacité de choisir la peine la mieux adaptée au cas concret », comme le formulent Garcia et Dubé (2019, p. 566). Cette double menace est susceptible de contraindre les acteurs/trices dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire dans la fixation de la peine :

Quelle est la marge de manœuvre dont dispose encore le juge de première instance pour contester, dans les cas où les circonstances le justifieraient, ce qui a été prédécidé de là-haut, dans l'abstrait et loin des faits ? Qu'advient-il du confort de l'acteur lorsque, dans certaines circonstances et en relation aux faits, les balises aux droits de la personne et aux garanties juridiques deviennent elles-mêmes inconfortables ? La contestation est encore possible, mais plus probables sont la peur et la résignation. (Garcia et Dubé, 2019, p. 555)

Dans les données, face au peu de marge de manœuvre laissée par le cadre normatif de l'expulsion judiciaire, cette position de *résignation* est observable :

JUGE #15 : Et puis voilà, c'est... c'est dans la loi, et puis la loi on doit l'appliquer... Mais c'est vrai que quand on renvoie un père de famille à l'autre bout du monde, on a le choix finalement entre casser une famille ou alors imposer aux enfants de suivre le père ou la mère, et ce sont des situations qui ne sont pas évidentes.

JUGE #14 : Là, ils ont voulu un automatisme [...]. Si vous avez fait telles infractions, expulsion obligatoire, tac tac tac tac. Et puis après, ils se sont dit : ah non, c'est un peu dur quand même, alors on fait une clause de rigueur, [...] qui [est] pas clair[e], et puis... y a une abondante jurisprudence du Tribunal fédéral là-dessus c'est... On ne reconnaît plus le texte légal, presque. [...] Mais bon. On doit appliquer le droit fédéral... nous dit-on. Donc on le fait.

Suivant les mots de Garcia et Dubé, cette « résignation est différente de l'indifférence. Dans la résignation, j'accepte, non sans malaise — et même souvent à contrecœur —, de me conformer à une situation que je crois définitive ou que je ne crois pas pouvoir changer » (2019, p. 555). Or, cette prise de décision « à contrecœur » résonne avec la description que fait Garcia du rapport d'*aliénation* au droit :

Dans cette fabrique du droit, plus certaines règles formelles sont valorisées, plus la capacité de juger est dévalorisée, plus la norme est observée en raison de son aspect autoritaire, plus l'agent de la normativité se sent privé de sa capacité de juger, de sa liberté cognitive et de sa volonté même de s'approprier sa décision. (2020, p. 652)

Faces à deux contraintes internes à leur pouvoir décisionnel, les données tendent ainsi à montrer que les acteurs/trices prennent des décisions avec lesquelles ils et elles ne sont pas en accord sur le plan des valeurs, d'une manière qui résonne avec les constats de Garcia :

[...] la « naturalisation » de certains préceptes et formules véhiculant une raison juridique limitée et non réfléchie génère une activité non problématisée de production normative dans laquelle on en vient à accepter de trouver de bonnes raisons *juridiques* pour appuyer de mauvaises décisions sur le plan éthique ou social et même parfois psychologique (l'acteur n'étant pas à l'aise avec sa propre décision). (2020, p. 653, emphase de l'autrice)

Ainsi, nos données montrent que malgré la visibilité accrue des effets extrêmement dommageables de l'expulsion pour les proches des personnes condamnées – qui sont particulièrement remarqués par les acteurs/trices, et qui heurtent parfois leurs valeurs, – la prise en compte substantielle de ces effets s'avère extrêmement réduite par des contraintes *internes* au système de droit, qui entravent le pouvoir décisionnel des juges, et qui sont susceptibles de « compromettre la détermination d'une peine juste et adéquate au cas concret » (Garcia et Dubé, 2019, p. 549).

Synthétisons maintenant nos observations pour conclure cette section sur le « pouvoir des proches ». L'analyse a mis en évidence deux situations spécifiques où les effets de la peine sur les proches tendent à induire des pratiques modératrices en matière de peine ; nous avons nommé ces situations « désastres », pour les proches : celui de l'enfermement, et celui de l'expulsion. Face à ces potentiels « désastres », les données indiquent que les acteurs/trices *voient mieux* la nécessité d'intervenir de manière modératrice, afin de les limiter ou de les éviter. Dans ces situations, les idées négatives de la rationalité pénale moderne semblent s'estomper, pour faire place à des pratiques ancrées dans le principe de *modération* dans l'intervention pénale.

Si dans la RPM, ce principe s'avère inopérant (voir Pires, 2008c), notre analyse tend à montrer que la visibilité des effets d'une peine sur les proches peut induire une rationalité alternative, ancrée dans l'idée de sanctionner de manière moins dommageable pour les liens sociaux. Même si la notion de « modération » n'est pas nommée comme telle par les acteurs/trices²⁷⁸, son exercice transparait des rationalités observées : confronté-e-s à la réalité des effets de la peine sur des tiers, ils/elles vont tenter de restreindre les coûts de l'intervention, en évitant selon le cas l'usage de la prison, ou celui de l'expulsion. La reconnaissance des effets des peines à leur égard apparaît comme un levier extrêmement fertile pour éviter une méthode d'intervention qui détruit les liens sociaux.

Ainsi, l'existence des proches permet, dans certaines situations, de *mieux voir* certains coûts sociaux découlant de l'infliction de peines *excluant socialement*, et, parfois, de prendre une décision qui soit plus sensible à ses propres effets. Derrière cela se loge l'énorme « pouvoir des proches » : ouvrir la porte à une intervention moins atomiste, et moins abstraite. Dans la dernière section de la thèse, nous reviendrons sur cette immense possibilité pour l'intervention pénale. Avant cela, nous verrons toutefois dans la prochaine section que plusieurs obstacles cognitifs liés à la rationalité pénale moderne limitent le déploiement de cette autre rationalité, plus *positive et modérée*.

²⁷⁸ Nous y reviendrons dans la section 6.3.

6.2 Un pouvoir limité : les obstacles cognitifs à la prise en compte des effets de la peine sur les proches

Après avoir montré les espaces cognitifs qui se sont avérés particulièrement propices à la prise en compte des effets de la sanction sur les proches, nous décrivons maintenant, à la lumière des données recueillies, les barrières à cette prise en considération. En effet, si les « désastres » de l'enfermement et de l'expulsion sont apparus comme des zones de visibilité accrue pour ces « coûts sociaux » du système pénal (Landreville, Blankevoort et Pires, 1981), plusieurs obstacles cognitifs se dressent face à la possibilité de considérer ces effets dans le contexte de la détermination de la peine.

Avant de présenter ces résultats majeurs de la recherche, rappelons la signification attachée à la notion d'« obstacle cognitif » dans le cadre de cette recherche. Nous avons déjà évoqué cette notion dans le chapitre théorique de la thèse : elle est inspirée des travaux de Gaston Bachelard, et Pires l'a décrite ainsi :

[...] on peut dire que nous sommes devant un obstacle épistémologique [ou cognitif] quand nos habitudes professionnelles et les idées qu'un système social juge (encore) appropriées empêchent (ou nuisent à) l'adoption, la généralisation et la restabilisation dans le temps long de meilleures habitudes, idées, structures et pratiques dans le système social lui-même. (2017, p. 11)

Récemment, Pires a ajouté à cette description :

Un obstacle épistémologique [ou cognitif], dans la perspective de Bachelard et aussi de la sociologie, [...] est une idée [...] intellectuellement et/ou professionnellement valorisée, qui fait obstacle à l'innovation ou à des idées plus ajustées aux valeurs positives d'un système. [Dans le contexte de la rationalité pénale moderne, des obstacles cognitifs] se trouvent de façon latente dans tous les codes pénaux produits en Europe et dans les Amériques à partir de la fin du 18^e siècle, et même dans les législations spécifiquement criminelles à partir du 13^e siècle. (Pires, 2024)

Pires réfère ici, à titre d'exemple, aux contraintes légales, qui représentent des obstacles *cognitifs* à des manières de penser la peine autrement que telle qu'elle est conçue depuis la fin du XIX^e siècle. Précisons qu'il s'agit ici des idées *d'un système social*, et non pas

observées du point de vue des individus, quoiqu'ils puissent les reconduire et être contraints par ces idées.

Quant aux effets des peines sur les proches, nous avons décrit de telles contraintes au sein des systèmes de droit en Suisse et au Canada, qui agissent en tant qu'*obstacle cognitif* et qui limitent leur visibilité et leur prise en considération dans la détermination de la peine (voir la section 1.3.3). Outre ces contraintes légales, des obstacles cognitifs se logent dans les manières de penser et de pratiquer l'infliction des peines. Ces « manières de faire » sont valorisées professionnellement et soutenues par des idées sédimentées dans la rationalité pénale moderne ; ces idées limitent, voire paralysent, *l'innovation* au sein des manières de penser la peine. Elles font obstacle à la généralisation de *nouvelles idées* (et donc de nouvelles habitudes professionnelles) au sein du système.

À la lumière du matériel empirique, trois obstacles de cette nature sont apparus comme particulièrement prégnants : d'abord, l'obstacle de *l'atomisme* de la détermination de la peine (6.2.1) ; ensuite, l'obstacle lié à la vision identitaire du système de droit criminel (6.2.2) ; enfin, l'obstacle des « risques » perçus face à l'inclusion des proches dans le processus décisionnel (6.2.3)²⁷⁹.

6.2.1 L'atomisme de la détermination de la peine : manifestations empiriques

Rappelons que l'un des points de départ de cette recherche a été le constat d'absence de problématisation de l'existence des proches des personnes condamnées, dans le contexte de la détermination de la peine. Notre effort de systématisation des connaissances produites par les sciences sociales nous a permis de voir que la thématique des proches a été peu abordée par les recherches en lien avec cette phase de la procédure pénale²⁸⁰ ; nous avons également décrit leur invisibilité dans les contextes

²⁷⁹ Précisons que les données montrent que d'autres obstacles à la prise en compte des proches sont exprimés par les acteurs/trices ; par exemple, des problèmes de ressources humaines ou financières, ou encore des défis de nature organisationnelle sont parfois mentionnés. Nous avons toutefois concentré l'attention sur les obstacles cognitifs, qui se sont avérés très fréquents dans le matériel, et à l'égard desquels le cadre théorique choisi pour mener la recherche présente une capacité heuristique.

²⁸⁰ Voir la section 1.3.2.

légaux relatifs au choix de la peine²⁸¹. Ce double constat nous a poussées à construire notre objet de recherche de manière à pouvoir explorer empiriquement la manière dont les juges se représentaient les proches (chapitre 4) ainsi que la manière dont l'infliction d'une sanction pénale est susceptible de les affecter (chapitre 5). Pour mener cette étude, nous avons mobilisé au préalable la théorie de la rationalité pénale moderne, qui a orienté la réflexion et soutenu l'hypothèse de départ permettant d'anticiper des réponses possibles à nos questions de recherche (chapitre 2).

Considérant l'objet de cette recherche, le concept d'*atomisme* développé par Pires, qui emploie cette notion en référence aux théories de la peine, a particulièrement retenu notre attention. Comme nous l'avons vu lors de la présentation de notre cadre théorique, ces théories conçoivent la protection de la société de manière *atomiste*, c'est-à-dire que « la peine – dans la meilleure des hypothèses – n'a pas à se préoccuper des liens sociaux concrets entre les personnes sauf d'une façon tout à fait secondaire et accessoire » (2001b, p. 184). À partir de cette observation, nous nous sommes interrogées sur l'influence de cette caractéristique quant à la prise en compte de l'effet de la peine sur les proches.

Cette section vise à présenter les différentes manifestations de l'atomisme de la peine, et plus largement de la rationalité pénale moderne, observées dans le matériel empirique. Nous les regrouperons en deux grandes catégories : la centralité de la personne condamnée et de l'acte qui lui est reproché (6.2.1.1), et l'intégration des proches en tant que circonstance atténuante et aggravante dans la détermination de la peine (6.2.1.2).

Rappelons notre hypothèse de départ, formulée à partir des travaux relatifs à la théorie de la RPM²⁸² : l'atomisme caractéristique des théories de la peine fonctionnerait comme un mécanisme de neutralisation quant à la visibilité des proches et des effets potentiellement néfastes de la peine sur ces personnes et sur les liens sociaux. Elle viendrait également, même lorsque ces effets sont visibles, faire obstacle à leur prise en

²⁸¹ Voir la section 1.3.3.

²⁸² Voir la section 2.3.

considération *substantielle* lors du choix de la peine²⁸³. En mobilisant ces travaux et en les faisant dialoguer avec nos données, la portion d'analyse qui suit visera à identifier l'influence exercée par la RPM sur les rationalités entourant la prise en compte des effets de la peine sur les proches.

6.2.1.1 L'effet des proches sur la peine : une rationalité chevillée à l'auteur/trice et à l'acte

La première manifestation de l'atomisme de la peine dans les données récoltées s'observe dans la centralité de la personne condamnée et de son acte : la prise en considération éventuelle de l'existence de proches s'arrime à des éléments articulés autour de ces deux variables. L'attention se porte avant tout sur l'auteur/trice et sur le geste qui lui est reproché : « [...] on la fixe [la peine] par rapport au prévenu... et pas par rapport à ses proches » (**JUGE #15**) ; « [...] vous devez partir de l'accusé vers les éléments extérieurs, et non les éléments extérieurs vers l'accusé. [C]'est lui qui est sanctionné [...] » (**JUGE #8**). Dans ce raisonnement, la gravité perçue de l'infraction commise revient fréquemment pour évaluer la pertinence de la prise en compte des effets de la peine sur les proches :

JUGE #7 : Bon, alors, à 718.1 [du *Code criminel*], quand on décrit le principe fondamental, ce n'est pas compliqué. Si les deux éléments les plus importants c'est la gravité de l'infraction puis le degré de responsabilité du délinquant, [ces éléments] s'appréhendent et s'analysent sans considérer les conséquences.

JUGE #20 : [Les proches] c'est peut-être pas le point auquel on pense tout de suite. Moi, quand je fixe une peine je penserais tout de suite d'abord à la gravité des faits, c'est le premier facteur qui vient, puis après on regarde les autres.

JUGE #5 : Les effets sur les proches là, [...] ça n'a pas de pertinence par rapport à la gravité du geste.

JUGE #17 : Puis, quand on parle de la nature des crimes, quand on parle d'impacts de la détermination de la peine, l'impact sur la famille, bon... Il y a des crimes qui sont... entre guillemets, qui sont plus odieux que d'autres.

²⁸³ Voir la section 2.2.4.

JUGE #6 : [Certaines] infractions [sont] concrètement sont si graves que quelles que soient les conséquences appréhendées pour ces enfants, pour ce groupe familial, il faut que telle peine soit imposée.

Ici, la logique de l'intervention est fondée dans l'acte, ce qui amène à une rationalité de prise en compte des proches qui s'ancre *dans le passé* – en l'occurrence dans les conséquences de l'infraction –, et non dans le futur – dans les effets de la décision pénale. On retrouve ici l'idée exprimée par Pires quant au rapport crime/peine, qui encapsule les idées pénales modernes :

Les théories de la peine (indifférentes à l'inclusion sociale des condamnés) amènent les décideurs à fixer leur regard sur une comparaison entre le crime et la peine. Par conséquent, la seule chose qui est capable de limiter (ou non) la peine, c'est le crime lui-même. Pour les crimes graves, la sévérité radicale doit être conservée pour assurer une « peine juste » [...]. (2012b, p. 13)

Le constat posé par Pires trouve souvent écho dans nos données : les effets d'une peine sur les proches ne sont pas perçus comme étant un élément suffisant pour limiter la peine, lorsque le « crime » est décrit comme grave. En revanche, les données indiquent que le contexte dans lequel s'inscrit l'infraction, et la nature de cette dernière, influent sur la possibilité de prendre en compte de l'existence des proches :

JUGE #8 : [les proches] c'est pas un facteur de détermination de la peine à proprement parler mais ça peut le devenir lorsque le crime, par exemple, est fait dans des buts maladroits, mais humanitaires. [...] [C]'est des considérations qui amènent des fois à dire : « [...] on n'a pas une ou un criminel-le structuré-e ici, faut faire attention à la peine pour pas défaire tout ce qui s'est fait dans la vie de cette personne-là, et notamment sa famille ». Alors ça va être pris en compte dans certains contextes, dans d'autres ça sera pas pertinent.

Dans ce dernier extrait, c'est la « qualité humaine » de la personne condamnée, perçue par l'acteur/trice, qui permet une ouverture à la prise en compte de ses liens sociaux et des effets d'une peine sur ces derniers. Dans le même sens, les données montrent que lorsqu'une infraction a été commise avec un mobile altruiste, tourné vers les intérêts de la famille, alors la prise en compte des proches semble facilitée ; ces situations leur offrent une visibilité accrue :

JUGE #15 : La personne qui va commettre un vol pour nourrir sa famille, on va en tenir compte dans la fixation de la peine [...]. Tout dépend du type d'infraction. C'est un peu difficile de dire de manière générale. Mais une personne qui est dans le besoin et puis qui a des enfants qui n'ont pas à manger... ça pourrait être un facteur atténuant.

Le mobile influence aussi l'évaluation du *degré de culpabilité* de l'auteur/trice ; lorsque l'infraction est tournée vers le « bien » ou la protection des proches, alors la culpabilité est jugée moindre, et cet élément invite à la modération de la peine imposée :

JUGE #8 : [...] si [la personne condamnée] se serait livrée [...] à des activités criminelles parce qu'[...]elle voulait faire plus d'argent pour faire traiter son enfant [malade], peut-être que la peine aurait été moins lourde. Et peut-être que le facteur familial serait rentré en ligne de compte parce qu'il y avait un lien direct entre la protection de la famille, selon une mauvaise méthode, et la criminalité.

JUGE #9 : [...] voler pour manger, ça existe. [...] Si [...] vous avez la conjointe qui vient affirmer qu'il y avait plus rien dans le frigo, puis que les enfants avaient faim... c'est certain qu'on va tenir compte de ça. Le contexte dans lequel l'infraction a été commise devient prééminent à ce moment-là. C'est le genre de dossiers dans lesquels tu fais preuve de la plus grande ouverture ou de la plus grande clémence possible.

On l'observe dans ce dernier extrait : lorsqu'il est évident que le bien-être des proches a été le moteur d'une infraction, et surtout que celle-ci est décrite comme peu grave, alors la clémence du tribunal est beaucoup plus probable. À l'inverse, nous l'avons observé précédemment, cette probabilité s'amointrit en fonction de la gravité perçue de l'infraction. Cet extrait en témoigne :

JUGE #4 : Si les enfants meurent de faim, il aura volé pour nourrir ses enfants. Là on pourrait imaginer que la culpabilité est impactée par la situation familiale parce que c'est pour entre guillemets « sauver votre famille » que vous êtes coupable. Mais s'il n'y a pas ce lien-là, ça n'est pas parce que vous avez une famille que votre faute est plus légère. Si votre culpabilité n'est pas plus légère, la peine devrait pas être impactée.

Plutôt que la recherche des effets envisageables de la peine sur les proches, c'est avant tout une diminution de la culpabilité morale de l'auteur/trice qui déclenche leur prise en compte. Les données montrent ainsi que si les acteurs/trices distinguent parfois entre les

« bons » et les « mauvais » proches²⁸⁴, cette distinction se prolonge en ce qui concerne les personnes condamnées et leurs rapports avec leurs proches ; suivant une rationalité qui rappelle la logique rétributiviste classique, inspirée de Kant, on cherche à savoir si l'on se trouve en face d'une « bonne personne » : le mal injustement causé est évalué en fonction de paramètres subjectifs, moraux, et la peine sera proportionnée à la « méchanceté intérieure du criminel » (voir Pires, 1990, p. 455, qui cite Kant, 1796). Au centre du raisonnement se trouve, encore et toujours, *ce que la personne condamnée a fait*, et non *ce que la peine va lui faire*. Son comportement demeure un élément central pour décider de la pertinence d'inclure ou non les proches dans le raisonnement :

JUGE #8 : [...] s'il y a des facteurs atténuants, comme sa relation familiale, il faut regarder ça du point de vue de l'accusé, comment il s'est comporté vis-à-vis de sa famille [...]. Mais que la famille désire l'avoir [...] ça sera pas un facteur positif, ça peut pas être un facteur atténuant, ça.

Dans le même sens, plutôt que de chercher à comprendre les effets *concrets* que pourrait avoir la peine sur les proches, c'est l'évaluation du « profil criminel » de la personne condamnée qui est mobilisé pour évaluer la pertinence de la prise en compte de ses proches, toujours dans la même logique atomiste :

JUGE #8 : [...] ça dépend du personnage à qui on a affaire. [...] [S]i vous avez le pire des criminels avec la meilleure des conjointes qui attend à la maison avec ses trois enfants, je suis pas sûr que ça va sauver la mise. Si vous avez le criminel qui s'est toujours bien comporté puis qui est un soutien de famille... c'est un critère qui va être retenu, c'est clair. Mais ça commence autour de la personne.

JUGE #12 : [O]n va forcément lui demander [au prévenu] s'il vit seul, en famille, en couple, etc. [...] [P]arce qu'en réalité ses chances de réhabilitation vont forcément dépendre, dans une certaine mesure, du contexte professionnel, familial, amical dans lequel il évolue. Et puis qu'en réalité, on sait qu'il y a des gens qu'il faut pas forcément soustraire, sans avoir de très bonnes raisons, au milieu favorable dans lesquels ils s'y trouvent.

Dans ce dernier extrait, on voit aussi l'influence positive d'un milieu « soutenant » dans le choix d'une peine non carcérale ; plutôt que de regarder comment la peine touchera les proches, ces derniers sont considérés ici en fonction de ce qu'ils peuvent apporter à la

²⁸⁴ Voir la section 4.1.1.

personne condamnée. La logique qui justifie la prise en compte de l'existence de proches est ici liée aux perspectives de réhabilitation de la personne condamnée : le rôle du critère « existence des proches » est ordonné autour de la réalisation d'une des missions incombant au système de droit criminel. En un sens, cette rationalité s'éloigne de l'atomisme de la RPM : ici, les liens sociaux ne sont pas totalement secondaires dans le choix de la peine. Ils constituent plutôt un *instrument*, mobilisé pour remplir une fonction associée à la peine. Elle s'éloigne également de la RPM dans le sens où la réhabilitation est n'est pas associée à un passage en milieu carcéral (voir Dubé, 2008).

Le critère « existence des proches » est également mobilisé en lien avec le parcours « criminel » de la personne condamnée, et son futur projeté. Deux éléments ressortent particulièrement : d'après les données, être en mesure de soutenir financièrement sa famille, et ne pas avoir commis d'autres infractions favorisent la prise en compte de l'existence des proches :

JUGE #7 : [...] si on a quelqu'un qui est un premier délinquant, qui a un travail avant [...] et qui est le seul soutien de famille, [...] on va l'examiner.

JUGE #14 : [...] pour un délinquant primaire, c'est des éléments [la famille et le travail] qui sont très importants parce qu'en règle générale, [...] pour une première condamnation, le sursis en règle générale est une chose acquise [...].

JUGE #15 : [...] on pourrait en tenir compte dans les cas où une personne n'a jamais fait de prison [...]. [...] [O]n peut aussi en tenir compte, si [...] on sent qu'il y a une réelle souffrance d'avoir été privé du contact avec ses enfants [pendant la détention avant jugement], dans la question du risque de récidive.

JUGE #2 : [...] les éléments qui vont être essentiels [...] c'est de savoir si la présence des enfants ou un conjoint dépendant peut avoir un rôle stabilisateur sur la vie. Si on est en présence d'une personne [...] qui a fait un dérapage une fois, on peut se dire qu'il va revenir dans le droit chemin [...] parce qu'il y a des proches. Si on en est à la dixième condamnation on a tendance à dire que les enfants et le conjoint n'ont pas forcément été très soutenant et très utiles [...].

Dans ce dernier extrait, on retrouve le même constat qu'avant : les proches doivent être « utiles » à la personne condamnée, être là pour elle. Derrière cela se loge l'idée qu'ils doivent être utiles à *la peine*, et ainsi servir les missions du système en empêchant la récidive. Réciproquement, la personne condamnée doit également être « utile » à ses

proches, pour que leurs relations mutuelles soient considérées comme dignes de protection dans le processus décisionnel :

JUGE #8 : [...] la personne qui a des condamnations antérieures, c'est sûr que ses relations avec sa famille sont moins importantes auprès du juge que quelqu'un qui a pas de condamnations antérieures. Pourquoi ? Parce qu'il [...] a été incapable de démontrer que ça occupe une place importante dans sa vie.

On observe ainsi dans les données la présence d'idées fortement liées aux théories de la peine : les proches seront pris en considération si leur existence est perçue comme pertinente dans le cadre de la réalisation de la mission utilitaire du droit criminel, c'est-à-dire s'ils peuvent contribuer à dissuader la personne condamnée de commettre d'autres infractions et à favoriser sa réhabilitation. La porte d'entrée des proches dans le raisonnement menant à la peine est, encore une fois, chevillée à la situation personnelle *de la personne condamnée* :

JUGE #2 : [...] on essaie autant que possible de connaître la situation personnelle de la personne qu'on va condamner. Maintenant, l'effet de la peine [prévu à l'article 47 CP²⁸⁵], c'est quand même l'individualisation, [...] c'est essentiellement l'effet de la peine sur la personne elle-même. (nous soulignons)

JUGE #1 : [...] la porte d'entrée pour s'y intéresser [aux proches], c'est la situation personnelle du prévenu, qui doit être en principe prouvée, dont on va discuter au sein de la délibération [...]. [...] Mais la situation personnelle, on est bien d'accord, la situation personnelle de l'auteur. (nous soulignons)

JUGE #20 : Je pense que la situation personnelle de la personne a plus d'influence que la situation de ses proches. C'est quand même lui qu'on juge, c'est pas les proches.

Le caractère atomiste du raisonnement lié à la peine est particulièrement flagrant dans ces extraits. L'existence des proches apparaît alors comme un élément parmi d'autres, inclus dans le « package » de la situation personnelle de la personne condamnée, mais la concrétude des effets de la peine est absente du raisonnement :

²⁸⁵ Rappelons la teneur de cet article, à son alinéa 1 : « Le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir. »

JUGE #7 : [Les proches] [ç]a fait référence aux éléments de preuve qui peuvent être présentés au juge qui détermine la peine. C'est la situation du délinquant. Puis là, situation professionnelle, scolaire, situation en termes de famille [...].

JUGE #10 : [Pour fixer une peine] vous avez des composantes liées à l'auteur lui-même. Et parmi [elles], [...] vous avez la situation personnelle [...] qui doit être pris en compte. Et parmi ces éléments personnels, bien évidemment, vous avez cette situation familiale.

Les données indiquent ainsi que les proches demeurent dans l'ombre de la personne accusée et de son geste. S'ils entrent dans l'équation de la peine, on peut dire que c'est par la porte de derrière :

JUGE #20 : [...] la situation personnelle elle a un peu une correction pas marginale, mais enfin par rapport au poids relativement prépondérant de l'acte commis, les facteurs qui sont liés à l'auteur, c'est moins important. C'est la situation personnelle de l'auteur, c'est un de ces facteurs liés à la personne de l'auteur, qui a une influence relativement restreinte comparée à la culpabilité.

En nous appuyant sur l'empirie, on peut préciser ainsi l'hypothèse formulée à partir des travaux de Pires sur l'atomisme de la peine : dans la détermination de la peine, les liens sociaux de la personne condamnée sont soit secondaires, soit mobilisés en tant qu'*instrument de réalisation des missions du système*. La condamnation de la personne pour son acte *passé* domine le raisonnement. Ce dernier extrait va dans le même sens :

JUGE #8 : Ça commence plutôt par le délinquant. Parce que le système est centré sur lui. [...] La peine – et plusieurs oublient ça –, c'est la peine de l'accusé. [...] Elle obéit essentiellement à l'intérêt ou à l'attention du délinquant. Ça commence autour de cette personne-là. [...] Quoi qu'on en dise, quoi qu'on en pense, ça tourne autour de la personne qui va... qui reçoit la peine. C'est lui ou elle, c'est cette personne-là, plutôt, qui est la première concernée.

Les racines de cette rationalité s'accrochent essentiellement au principe de la responsabilité individuelle et à la notion de faute :

JUGE #1 : [...] on est face à un auteur, à une responsabilité individuelle. C'est pour ça qu'en fait on est centré sur la personne de l'auteur, on va juger sa faute. Donc c'est vrai que... ben l'entourage familial, [...] il ressurgit parmi la situation personnelle de l'auteur, [...], mais on est centré avant tout sur la faute de l'auteur, sur la responsabilité individuelle, c'est vrai que y a pas de place là, dans le cadre du droit pénal, pour l'enfant [de l'auteur].

JUGE #7 : [...] si la gravité puis la responsabilité du délinquant c'est le principe fondamental²⁸⁶, c'est sûr que la conséquence indirecte, c'est un *backseat driver* [...]. Alors, quand je parlais de l'architecture intellectuelle de la détermination de la peine, c'était entre autres ça que j'avais en tête.

Encore une fois, la culpabilité apparaît centrale dans le raisonnement : le poids énorme de la responsabilité semble circonscrire l'individualisation de la peine à ce qui touche directement l'acte et les circonstances qui l'entourent, et non à ce que la peine *va faire* à la personne condamnée, dans une perspective largement influencée par une approche rétributive de la proportionnalité, comme l'a décrit Berger :

[...] there is, to be sure, already a species of "individualization" at work in this brand of proportionality: the punishment is calibrated to the "degree of responsibility of the offender." This is a form of individualization in comfortable harmony with both the guilt phase of the criminal process and retributive theories of punishment, each of which is centrally focused on the assessment of individual blameworthiness. (2020, p. 369-370)²⁸⁷

Selon cette perspective, l'importance accordée à la culpabilité insiste sur le fait que « le mal du crime exige ou nécessite un mal correspondant qui ne peut être administré que par la peine de l'État » (Garcia, 2010, p. 115). L'accent est mis sur *le passé*, sur l'acte sanctionné : cette théorie « n'admet en effet que le passé comme temporalité justificative de la peine » (2010, p. 116). Corollairement, elle ne se préoccupe pas des dégâts qui pourraient être engendrés par la peine elle-même, et ces dégâts sont représentés comme une composante inévitable de la peine²⁸⁸.

6.2.1.2 Les proches et la peine : un facteur atténuant, un facteur aggravant

Nous avons constaté dans la précédente section que la culpabilité et la situation personnelle de la personne condamnée sont centrales, dans les expériences des juges, quant à la pertinence – ou non – de considérer l'existence des proches ; cette dernière

²⁸⁶ L'acteur/trice évoque ici les principes de détermination de la peine prévus à l'art. 718.1 C.cr.

²⁸⁷ Sur cette manière de conceptualiser la proportionnalité voir également Jodouin et Sylvestre (2009). Nous verrons que Berger propose une manière très différente d'articuler l'individualisation de la peine, une approche qui se concentre sur l'expérience concrète de la personne condamnée, qu'il nomme « proportionnalité individualisée », et qui tire ses origines dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada (2015, 2016 et 2020). Nous y reviendrons dans la section 6.3.4.

²⁸⁸ Cette observation recoupe celle relative à la représentation des effets de la peine sur les proches en tant que *fatalité*, que nous avons observé fréquemment dans les données. Voir la section 5.4.1.

est perçue comme un modulateur de cette *situation personnelle*. Corollairement, l'existence des proches est parfois mobilisée en tant que *circonstance atténuante* dans le choix de la peine :

JUGE #7 : [...] la seule colonne où les conséquences sur la famille peuvent avoir une importance, ça serait comme facteur atténuant.

JUGE #10 : [...] la problématique c'est comment, dans quelle mesure est-ce que la situation familiale de l'auteur doit être prise en compte lorsque l'on fixe la peine ? [...] Est-ce que c'est un élément qui doit amener à une atténuation de la peine ?

JUGE #20 : [...] on fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur [...]. Et après, on corrige ou on affine en tenant compte des critères qui sont propres non pas à l'acte mais à l'auteur lui-même, c'est-à-dire les antécédents judiciaires, [...], sa situation personnelle, ses obligations familiales [etc].

Dans ce dernier extrait, on peut observer une hiérarchisation dans le processus décisionnel sur la peine : les éléments relatifs à l'acte sont prioritaires, viennent ensuite les éléments liés à la situation de l'auteur/trice. Le langage avec lequel le thème est pensé dans cet extrait est aussi intéressant à mettre en évidence : on « corrige » la peine, on l'« affine ». Ce vocabulaire laisse en suspens la question suivante : que corrige-t-on ? En partant de quel point de référence ? L'extrait laisse penser que la culpabilité poserait l'étalon de la peine, la situation personnelle, et notamment les liens sociaux, demeurant accessoires, comme l'a décrit Pires avec le concept d'*atomisme* (2001b).

La problématisation des effets de la peine sur les proches en tant que « circonstance atténuante », observée dans le matériel, est également visible dans la jurisprudence canadienne, comme le remarque la doctrine (voir Millard et Dandurand, 2018), quoique les pratiques des tribunaux à cet égard demeurent disparates : d'après Parent et Desrosiers (2016), le poids accordé aux éléments relatifs à la famille dans la jurisprudence n'est pas toujours évident à comprendre et il fluctue énormément d'un cas à l'autre. Dans les entretiens, cette approche suscite des questionnements chez certain-e-s acteurs/trices :

- **JUGE #16 : Est-ce que c'est déjà arrivé dans votre pratique [que les proches entrent en considération dans le choix de la peine] ?**
- J'ai beaucoup de difficulté à me souvenir que j'aie utilisé ça [...] pour réduire une peine... est-ce que c'est TOTALEMENT impossible ? La réponse, c'est non. Il est probablement possible de prendre en considération... dans les facteurs atténuants... [...] »

Là, l'idée de prendre en compte les proches se trouve très affaiblie : elle est probable, possible ; elle n'est en tout cas pas solide, pas ancrée substantiellement dans les idées entourant l'infliction des peines dans la rationalité pénale moderne. On voit ici comment les théories de la peine de la RPM sont incapables de fournir un socle à l'intégration des effets de la sanction dans le choix de celle-ci, et à la protection des liens sociaux entre les individus. Dans le prochain extrait, l'idée de prendre en compte les proches dans l'« ajustement » de la peine est amenée d'une manière prospective par un-e acteur/trice, comme une éventualité :

JUGE #9 : Dans l'état actuel du droit, si ça faisait son chemin cette idée-là, ça pourrait s'accrocher à un principe sentenciel qui est déjà dans le Code, celui des circonstances aggravantes [et] atténuantes liées à la situation du délinquant [...]. [...] On pourrait argumenter qu'une des circonstances atténuantes liées à la situation du délinquant est sa responsabilité à titre de parent [...].

La prise en compte de l'existence des proches en tant que *facteur atténuant* dans la détermination de la peine ne fait toutefois pas l'unanimité :

JUGE #5 : Les effets sur les proches là... ça peut certainement pas servir à atténuer une sentence. Parce que c'est... ils subissent les contrecoups, mais ça n'a pas de pertinence par rapport à la gravité du geste.

JUGE #15 : [...] avoir une famille, si l'infraction n'a pas de lien avec le contexte familial, je le vois pas comme un facteur atténuant [...]. [...] [L]es souffrances par ricochet elles existent, mais n'impliquent pas une diminution de peine [...].

Revient encore dans ces deux extraits la centralité de l'acte commis, qui semble anéantir la possibilité d'individualiser la peine en fonction de l'effet qu'elle peut générer sur les individus ; on voit ici les limites importantes de la problématisation des effets sur les proches en tant que « circonstance atténuante ». En effet, la considération des circonstances atténuantes et aggravantes est issue du rétributivisme. Elles sont traditionnellement associées aux circonstances entourant l'infraction, donc elles ont trait

au *passé* ; plus que de réels motifs pour modérer la peine et appliquer le principe de proportionnalité, elles constituent plutôt des *raisons rétributives* utilisées pour mesurer la culpabilité, avant de penser la peine²⁸⁹. Considérant le fondement rétributiviste de l'évaluation des circonstances atténuantes, cet « outil » s'avère ainsi inadapté pour réfléchir à l'influence de la peine sur autre chose, par exemple sur les proches. Comme le décrit Pires (2007), la théorie rétributiviste est complètement centrée sur le crime, et invite à ne pas s'attarder aux coûts sociaux induits par la peine.

Outre cela, les données indiquent que la manière dont la prise en compte est pensée s'attache parfois à un calcul mathématique, à une éventuelle diminution de la quantité de peine ; le « duration focus », décrit par Kerr (2019)²⁹⁰, influence la représentation qu'ont les acteurs/trices de la *manière* dont ils peuvent intégrer l'existence des proches dans la détermination de la peine. Celle-ci est décrite comme un « rabais » octroyé par rapport à un étalon *quantitatif* de peine, ancré dans la culpabilité :

JUGE #2 : Je pense qu['] [avoir un enfant] c'est un critère dont on tient compte, mais ça ne doit pas devenir le premier critère, ça serait trop facile. Vous avez deux enfants, vous avez deux ans de rabais, vous avez quatre enfants, vous avez quatre ans de rabais, je caricature évidemment [...].

JUGE #4 : [D]ès que vous [...] avez [des enfants], vous n'avez pas systématiquement droit à un énorme rabais de peine ou de sursis ou à la peine pécuniaire. C'est un qui compte pas mal, mais parmi d'autres.

Ces propos font également écho aux résultats de la recherche jurisprudentielle menée par Millar et Dandurand (2018) sur la prise en compte des enfants mineurs dépendants lors de la détermination de la peine au Canada : leur existence est parfois considérée dans l'évaluation des facteurs atténuants, sans que cela soit systématiquement le cas.

²⁸⁹ Nous remercions Alvaro Pires de nous avoir suggéré cette idée.

²⁹⁰ Nous avons décrit ce concept dans la section 2.3. Il réfère à l'idée que la prison soit capable d'imposer des peines qui soient uniformes et proportionnelles, ce « calcul » étant fait à partir d'unités de temps.

L'analyse du matériel empirique montre également que l'existence des proches peut être mise en relation avec une augmentation de la culpabilité de la personne condamnée²⁹¹, faisant écho aux propos de ce-tte juge :

JUGE #2 : On nous dit qu'il a une femme, des enfants, alors qu'en réalité il les avait déjà avant et ça a pas empêché qu'il passe à l'acte. [...] Vous voyez ce que je veux dire, c'est un argument qui est toujours à double tranchant la famille.

Cette idée avait été évoquée par l'un-e de nos informateurs/trices-clés, qui estimait que le système pénal jugeait parfois plus sévèrement les personnes ayant des enfants, leur reprochant alors une « double faute ». Les données confirment cette idée, l'existence des proches étant susceptible d'induire un effet *aggravant* sur la culpabilité, et conséquemment sur la peine :

JUGE #4 : [...] par un argument rhétorique je vous dirais : peut-être qu'on peut [...] considérer [la culpabilité] plus lourde parce que quand bien même vous avez des enfants, vous avez pris le risque de les mettre en péril, ces pauvres, qui dépendent de vous. Vous avez fait du mal à vos enfants donc votre culpabilité est plus lourde. C'est... on le dit pas, et on ne le pense pas... Mais la peine dépend principalement de la culpabilité [...].

JUGE #5 : Je pense à monsieur X qui a tué la mère de ses [...] enfants. [...] Je veux dire, le tort que ça cause aux enfants peut difficilement être autre chose qu'un facteur aggravant. [...]. Si un tort est causé par un geste, ça ne peut être logiquement qu'un facteur aggravant. Ça peut pas être un facteur atténuant.

Dans l'exemple ci-haut, la personne interviewée faisait référence à un féminicide survenu en contexte conjugal. L'aggravation de la peine est ici associée à l'existence d'un tort causé aux *proches de la personne condamnée*, parce qu'ils sont aussi les *proches de la victime* de l'infraction. L'existence d'une circonstance aggravante légale est alors mise de l'avant pour expliquer cette modification de la peine vers une plus grande sévérité :

JUGE #5 : [L]e législateur a ajouté que si c'est un crime intrafamilial, c'est un facteur aggravant. [...] [Ç]a mériterait plus de réflexion probablement de dire où ça se situe dans la peine. Ma première réaction c'est de dire : « c'est un tort que l'accusé a causé par ses gestes ».

²⁹¹ Voir la section 5.1.1., où nous avons décrit la « responsabilité élargie » des personnes condamnées à l'égard des difficultés rencontrées par leurs proches.

Si le *Code criminel* prévoit effectivement une circonstance aggravante dans ces situations²⁹², aucun-e autre participant-e n'y a fait référence durant les entrevues. En revanche, l'existence des proches est fréquemment perçue comme un facteur qui alourdit *la faute* de la personne condamnée, en particulier si un lien de dépendance à son égard est perçu ; alors la personne condamnée s'en trouve d'autant plus coupable. On voit ainsi les implications concrètes qui découlent de la représentation à l'effet que la personne condamnée serait *la source* des difficultés rencontrées par ses proches : nous avons vu qu'elle portait alors une « responsabilité élargie » à l'égard de ses proches. Or, les données tendent à montrer que cette augmentation de la responsabilité peut s'actualiser dans le choix de la peine :

JUGE #2 : [...] quand vous êtes dans des choses qui sont tellement énormes par rapport à la gravité de la faute, la présence d'un enfant [...] elle est presque aggravante. Parce qu[e les auteurs/trices] ont fait ça alors qu'ils avaient un enfant. [...] [I]ls ont pas pensé à l'avenir de leur enfant [...].

JUGE #15 : Les proches c'est un peu à double tranchant à mon sens [...]. [Ç]a peut même encore aggraver la faute du prévenu qui commettrait des infractions alors qu'il a cette responsabilité familiale et paternelle, donc c'est pas forcément quelque chose qui va tellement atténuer la peine [...]. [...] [I]l nous est déjà arrivé de dire qu'au contraire, ça rend la faute d'autant plus importante qu'il a une responsabilité.

JUGE #5 : « Tu aurais dû y penser à tes enfants ! Ça aurait dû t'arrêter ». C'est ça la morale. La morale c'est que tu ne tues pas. Tu ne fais pas de tort. [...] C'est pas pareil que quelqu'un qui fait un vol à l'étalage pour nourrir ses enfants. [...] Ça revient toujours à l'infraction.

Les propos contenus dans ces extraits coïncident avec les observations de Minson dans son étude sur le *sentencing* des mères : « [for one judge] when a defendant is a parent, their parenthood makes them more culpable [...] » (2020, p. 141). En reprenant la conceptualisation des liens sociaux proposée par Paugam (2013), on observe qu'au moment de la détermination de la peine, la visibilisation des proches qui *comptent sur* la personne condamnée, et dont la protection en dépendrait, représente un facteur susceptible d'aggraver sa peine. Cette aggravation est alors ancrée – ou pourrait l'être –

²⁹² L'alinéa 718.2 a) ii) C.cr. prévoit que les mauvais traitements infligés par une personne contrevenante à l'égard de son époux ou de son conjoint de fait constituent des circonstances aggravantes. Voir la section 1.3.3.1.

dans la perception d'une culpabilité élargie associée à l'existence de proches. Selon cette logique, si des proches *comptent sur* la personne condamnée, celle-ci est d'autant plus blâmable d'avoir commis une infraction. La responsabilité pénale s'élargit alors en raison d'un devoir moral violé par la commission de l'infraction : ainsi, avoir des proches *visibles* dans le contexte de la détermination de la peine s'avère « à double tranchant », et peut nuire à la personne condamnée.

Cette perspective s'ancre manifestement dans la théorie du choix rationnel, qui est intimement liée à la théorie de la dissuasion (voir Poupart, 2002) : on peut lire dans ces extraits l'idée qu'avoir des enfants à charge devrait être dissuasif au moment du passage à l'acte. En commettant une infraction, la personne condamnée aurait négligé des obligations familiales qui lui incombaient, ce qui rend son geste d'autant plus condamnable et qui induit un jugement moral à son égard. En faisant un retour en arrière dans l'histoire, on constate que chez les Romains déjà, on trouve des traces d'une telle perspective. On considère alors que les personnes qui ont des enfants ont un devoir accru d'attachement à la République, comme en témoignent ces mots de Cicéron, cités par Rivière :

Certes, il ne m'échappe pas combien il est douloureux que les crimes des parents soient payés par la punition des enfants [...]; mais les lois ont admirablement voulu que l'amour des enfants accrût l'attachement des parents à la République. Aussi est-ce Lépide qui se montre cruel pour ses enfants et non pas celui qui déclare Lépide ennemi public. (2017, p. 40)

Cet extrait permet d'observer avec un autre prisme les données analysées, qui rejoint encore les travaux de Pires : la personne qui faute *malgré* l'existence de ses proches est alors d'autant plus considérée comme un *ennemi de la société*, comme le nomme Pires (2008a). En un sens, les observations qui précèdent s'éloignent de la conception de l'atomisme de la peine décrit par Pires (2001b) : si les liens sociaux de la personne condamnée sont susceptibles d'alourdir sa culpabilité, alors ces liens ne sont pas secondaires dans le choix de la peine. Au contraire, ils revêtent une importance telle que leur non prise en considération par l'infracteur/trice est blâmable *en sus* de l'infraction commise. En revanche, la manière dont ces liens sont pris en considération s'inscrit en droite ligne de la rationalité pénale moderne : l'existence de proches est mise au service

de l'affliction, elle justifie d'augmenter la souffrance infligée ; la valorisation des liens sociaux s'opère en faveur d'une répression accrue, et non dans l'optique de favoriser leur préservation.

L'analyse montre ainsi que le non-atomisme n'est pas garant d'une logique de modération de la peine, ni d'une responsabilisation du système quant à ses effets sur les liens sociaux. En effet, si la personne condamnée peut se voir blâmée d'avoir négligé ses propres liens sociaux en commettant une infraction, le système pénal, lui, ne semble pas redevable quant à la négligence de ces mêmes liens. Cette rationalité induit une limitation de leur prise en compte, qui encore une fois demeure articulée autour de la personne condamnée : c'est à elle qu'il revenait de penser à ses proches au moment du passage à l'acte :

JUGE #5 : Des fois des gens criminalisés sur des remises en liberté disent : « je vais m'occuper de mon fils ! » Bien écoute [...], fallait peut-être que tu penses à ton fils avant de trafiquer de la coke.

JUGE #14 : Il fallait réfléchir avant. Vous avez des enfants, vous avez une famille, c'était connu de vous avant de passer à l'acte. Pourquoi ne l'avez-vous pas pris en considération ?

JUGE #3 : Je ne sais pas [...] si [l'auteur] dans son [pays] natal, il y a des gens qui comptent sur lui, [...] sur son soutien, ou [...] sur son retour. Je serais tenté de penser des fois qu'il n'a pas... S'il voulait s'occuper de sa famille, il fallait rester là-bas plutôt que de venir trafiquer de la drogue ici.

JUGE #15 : [La personne condamnée] avait déjà [sa conjointe et ses enfants] avant de commettre l'infraction, donc [...] je vois pas tellement de motifs d'atténuer la peine d'un condamné qui a une situation familiale par rapport à une autre.

Toujours dans un glissement où les effets de la peine sont associés aux effets du « crime », ces extraits permettent de voir la logique qui en découle : si la personne condamnée n'a pas pensé à ses proches au moment de passer à l'acte, alors, par un

effet miroir, il ne reviendrait pas au système pénal de le faire²⁹³. Cette rationalité est remarquée par Hannem, dans sa recherche sur les expériences des proches d'hommes incarcérés au Canada :

Either no consideration is given to the effect of his imprisonment on those who are left behind, or the difficulties faced by these families are glossed over as being the fault of the offender, rather than the result of our choice as a society to utilize prison sentences. From an insensitive public one might hear, "he should have thought about his family before he committed that crime!" (2008, p. 124)

Un-e avocat-e de la défense décrit la présence de cette rationalité dans les discours des juges :

AVOCAT-E #1 : Y a d'abord cette sempiternelle ritournelle qui est abstraite et qui à mon avis est presque infantile : « fallait y penser avant ». [...]. Alors la personne qui tue sous l'emprise de la colère, de quelque chose etc., va penser avant au fait que ça va impacter ses enfants etc. ? C'est ridicule.

Comme cela est évoqué par cet/te acteur/trice, la « sempiternelle ritournelle » de la responsabilité individuelle semble empêcher le système de penser davantage au futur, à l'orientation donnée à *son* intervention, aux possibilités de sanctionner d'une manière sensible à ses conséquences. Au même titre qu'un disque rayé empêche de changer de chanson, la répétition du refrain « il fallait y penser *avant l'acte* », joué à la personne condamnée, semble dispenser le système de penser à la peine adéquate à l'égard des valeurs positives du système, ou à l'*après-peine*. Si un besoin de protection des proches est parfois perçu et reconnu, il n'est pas mis au service d'une *protection réelle et concrète* de leurs intérêts : on reprochera à l'infracteur/trice d'avoir négligé ses proches, sans pour autant se soucier du fait que ces derniers puissent être mis en difficulté par la peine. Les liens sociaux semblent mobilisables pour justifier la sévérité, mais négligeables dans la *réponse* amenée par le système : punir plus sévèrement n'apparaît ni blâmable, ni

²⁹³ On peut trouver le même raisonnement dans la jurisprudence ; voir par exemple *McClelland c. R.* (2020) : « [165] L'appelante peut difficilement invoquer son statut de parent au soutien d'une peine moins lourde alors qu'elle devait être consciente de ses responsabilités parentales au moment de s'adonner à la criminalité en cause. Ce qui n'a pas réussi à la dissuader à l'époque de sa criminalité ne peut lui venir en aide au stade de la peine. »

susceptible de reproduire le comportement blâmé – c'est-à-dire, ne pas tenir compte de l'existence des proches.

Ainsi, derrière les rationalités mobilisées par le système de droit criminel eu égard à la prise en compte des liens sociaux de la personne condamnée se loge une négation de leur existence *concrète*, caractéristique de l'atomisme de la détermination de la peine (Pires, 2001b). Toujours en mobilisant les deux composantes des liens sociaux développées par Paugam (2013), on peut dire que si le fait que les proches *comptent sur* la personne condamnée est visible et reconnu, le fait que cette dernière puisse *compter pour* ses proches est laissé dans l'ombre. Les effets indésirables que la peine peut exercer sur les relations sociales d'une part, et sur les proches eux-mêmes d'autre part, sont occultés par la centralité de la personne condamnée et de son acte. Ce constat peut être mis en relation avec les constats de Freitas et Garcia (à paraître), qui décrivent comment l'« obsession » qu'éprouve le droit pénal pour l'infraction s'avère être un puissant frein pour penser le droit pénal en fonction de la qualité de l'intervention.

6.2.2 Les effets de la peine sur les proches : un élément extérieur au système pénal

Alors que notre hypothèse de départ était essentiellement articulée autour de l'atomisme de la détermination de la peine – cette caractéristique étant appréhendée en tant qu'obstacle potentiel à la prise en compte des effets de la sanction sur les proches –, l'analyse montre que l'influence d'autres composantes de la RPM jouent également un rôle. Plus particulièrement, nos observations démontrent l'importance de la vision identitaire du système pénal dans les discours des juges en lien avec la prise en compte des proches. La représentation du droit criminel en tant que système clos et autonome, tourné vers le monde public et les intérêts de l'État (Pires, 2008a), est apparue comme étant un obstacle à la prise en considération de l'existence des proches dans le contexte de la détermination de la peine.

Comme nous l'avons décrit précédemment²⁹⁴, les travaux menés sur la RPM ont montré que dès le XIX^e siècle, le système de droit criminel s'est fondé sur les théories de la peine. En prenant appui sur elles, il s'est alors auto-décrit comme étant un sous-système juridique distinct des autres (notamment des sous-systèmes de droit civil et administratif) (Pires, 2008a). Pour Pires, le système de pensée de la RPM représente

[...] le droit et la justice d'une manière quasi dichotomique : une justice civile tournée vers le monde privé et domestique ou vers les intérêts des parties en litige et une justice criminelle tournée vers le monde public, les intérêts du « Contrat social » ou de l'État à l'exclusion des intérêts des parties (sauf si ceux-ci coïncident avec les premiers). (2008a, p. 29)

En outre, des travaux antérieurs de Pires avaient déjà décrit ce qu'il nomme un « clivage naturalisé » entre le droit criminel et le droit civil :

[...] les rapports entre l'éthique et le droit criminel ont été fortement surdéterminés par une vision juridico-pénale du monde [...] [qui] a supposé que le système organisationnel des droits – et tout particulièrement le clivage entre le droit criminel et le droit civil – correspondait à une réalité objective, à la nature des choses. (1991, p. 50, emphase de l'auteur)

Selon une représentation juridique classique, il conviendrait ainsi de garder une différence marquée entre ces deux domaines du droit. Dans le même sens, Delmas-Marty estime que

[l]e champ pénal est un champ clos [...] dans tous les sens du terme. Clôture physique de l'emprisonnement, devenu peine principale et quasi unique à partir du XIX^e siècle, clôture institutionnelle d'un réseau de sanctions qui demeure séparé des autres, enfin clôture de la raison juridique qui pense le droit pénal comme ensemble spécifique, ayant peu de relations avec les autres normes du droit. (1986, p. 15 ; voir également Garcia, 2010, p. 135)

Or, ces propos trouvent écho dans les données récoltées : l'analyse montre que les difficultés rencontrées par les proches des personnes condamnées sont représentées comme étant *étrangères* au droit criminel, et relevant d'autres sous-système du droit. Cette représentation a des incidences sur la manière dont les juges construisent les rationalités de prise en compte des proches : l'autoportrait identitaire du système de droit

²⁹⁴ Voir la section 2.1.

criminel limite fortement la possibilité de faire entrer cet élément dans le raisonnement lié à la peine. Nous illustrerons ce constat avec deux exemples où cela est apparu de manière particulièrement flagrante dans le matériel : la perception d'« incompétence », liée à la fonction attribuée du droit criminel (6.2.2.1), et la réception atomiste et punitive, chez certain-e-s acteurs/trices, de la notion d'« intérêt de l'enfant » (6.2.2.2).

6.2.2.1 La perception d'incompétence : les proches face à la fonction du droit criminel

Questionné-e-s face aux enjeux liés aux proches, certain-e-s participant-e-s ont évoqué un sentiment d'incompétence vis-à-vis de leur prise en considération. Les juges pénaux s'estiment souvent *dépourvus de capacité d'action* par rapport aux proches²⁹⁵ :

- **JUGE #5 : [...] c'est quoi le levier que vous avez pour [prendre en compte les proches ?]**
- On n'en a pas. Par rapport aux proches de l'accusé... [...] on peut juste avoir de l'empathie, comprendre leur douleur, mais on n'a pas... on peut absolument rien faire. (nous soulignons)
- **JUGE #16 : [...] par rapport [aux effets sur les proches] vous auriez un pouvoir d'action en tant que juge qui choisit la peine ?**
- [silence] Bonne question. À quel niveau ? Je le sais pas.
- **C'est vous qui êtes responsable de la peine [...].**
- [...] Oui, mais je ne peux pas dire, « je souhaite que vous vous occupiez de sa conjointe ». J'ai aucun lien... tout ce que je peux dire, c'est que c'est désolant.

Dans ces deux derniers extraits, on peut parler d'« incompétence », entendue ici comme étant le fait de « manquer des connaissances ou de l'habileté pour faire quelque chose »²⁹⁶ : les acteurs/trices ne pensent pas être en mesure de faire quelque chose pour agir sur les effets :

JUGE #12 : [...] il y a un danger à voir la justice criminelle se doter de multiples casquettes [...]. On n'a pas [...] à se transformer en services sociaux [...]. D'abord on n'a pas vraiment les compétences. [...] Non seulement la loi le

²⁹⁵ Sur cet aspect, voir également la section 5.4.1, où nous abordons l'auto-limitation des acteurs/trices dans leur pouvoir discrétionnaire, induite par l'idée qu'ils et elles n'ont *pas le choix* dans la détermination de la peine.

²⁹⁶ Voir la première définition du mot « incompétence » dans Le Larousse (en ligne) : <https://www.larousse.fr/>

prévoit pas, mais je crois pas qu'on ait les connaissances requises pour faire tout ça. [...] Je pense qu'il y a d'autres services qui sont beaucoup mieux placés que nous pour prendre en considération les intérêts des proches des condamnés.

En outre, les données montrent qu'une autre forme d'« incompétence » est exprimée, qui elle réfère plutôt à l'incompétence sur le plan décisionnel et/ou juridique d'une autorité : « État d'une autorité quelconque, à laquelle la loi et les règlements ne donnent pas le droit de décider de certaines affaires »²⁹⁷. En effet, certain-e-s acteurs/trices réfèrent à d'autres institutions eu égard à la prise en compte de l'existence des proches :

JUGE #2 : [...] le droit pénal reste quand même essentiellement un droit [...] de sanction de l'infraction, c'est pas l'affaire du droit pénal de prendre les mesures pour protéger les enfants. [...] [!] y a quand même d'autres mécanismes pour [cela], [...] les règles sur les protections de l'adulte et de l'enfant [...] etc. [...] [L]e droit pénal est quand même centré d'abord sur l'auteur, et si le comportement de l'auteur [...] a des effets sur ses enfants, c'est d'autres institutions qui sont préoccupées. [...] Je pense que c'est pas le rôle du droit pénal de protéger l'enfant sous cet angle-là. [...] [!] faut se référer aux mécanismes autres, je dirais externes au droit pénal [...]. (nous soulignons)

Encore là, le comportement de la personne condamnée apparaît comme la source exclusive des difficultés rencontrées par ses enfants ; on voit à quelle point cette idée est attirante sur le plan cognitif, elle extrêmement présente dans les données²⁹⁸. Dans ce dernier extrait, on peut observer un des effets de cette représentation : ces difficultés sont perçues comme *étrangères* à la responsabilité du système pénal, et étrangères à son rôle. Par ailleurs, la protection des enfants de la personne condamnée semble *exclue* de la fonction du droit pénal ; la fonction qui lui est traditionnellement attribuée, celle de *protéger la société* (Pires, 2008a) ne semble pas en mesure de contenir une préoccupation à leur égard, comme on le voit également dans cet extrait :

JUGE #15 : [...] nous on traite pas du rapport entre les enfants et les parents, ça c'est le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant. La question de savoir si l'enfant il serait mieux avec son père [...] ou en foyer, [...] c'est une vaste question et [...] nous, juge pénal, on n'en sait rien. [...] Nous, la proportionnalité c'est par rapport à l'individu qu'on juge. Mais après la proportionnalité par

²⁹⁷ Voir la deuxième définition du mot « incompétence » dans Le Larousse (en ligne).

²⁹⁸ Voir la section 5.1.

rapport à la souffrance de l'enfant et qu'est-ce qui est bien pour lui [...] ça sort vraiment de notre domaine de compétence. (nous soulignons)

Ce sentiment d'incompétence part de l'idée que le fonctionnement du système pénal n'aurait aucun rapport avec la situation vécue par les proches. On retrouve ici les représentations exposées précédemment : les difficultés rencontrées par les proches ne seraient pas *reliées* à la décision sur la peine²⁹⁹ et donc, le droit pénal n'aurait pas à s'en préoccuper. Ces difficultés sont perçues comme relevant du droit civil, ou plus largement du droit privé, et se situant au-delà du périmètre dévolu au/à la juge qui détermine la peine, en dehors de son champ d'action – voire de son champ de vision :

JUGE #1 : [...] [D]ans ces domaines-là [le droit civil] [...] c'est une partie qui commence la procédure, tandis que le droit pénal on est dans un droit pur et dur de répression ou en fait avant tout, le but du droit pénal c'est de punir celui qui a violé un interdit, et à ce titre-là, finalement le souci que le juge doit avoir quant à la poursuite de ses responsabilités de parent je dirais passe un peu au second plan [...]. (nous soulignons)

On observe deux choses dans cet extrait : d'abord, la fonction du droit criminel est représentée de manière minimaliste, étant réduite à la *stricte punishment* ; ensuite, le droit criminel et les autres disciplines du droit sont perçues de manière dichotomique. Comme le remarque Pires (1991), le droit pénal serait exclusivement dévolu à la poursuite d'intérêts collectifs, le souci pour les intérêts dits « privés » serait quant à lui réservé à la justice civile. D'autres sous-systèmes du droit, voire le système d'aide sociale, seraient responsables de prendre en charge les difficultés rencontrées par les proches – ou à tout le moins sont perçus comme mieux outillés pour ce faire, voire plus légitimes d'en traiter sur le plan juridique :

JUGE #1 : [le souci à l'égard des enfants] aujourd'hui il est intégré [...] en tout cas [ici lors de l'arrestation]. Mais il est pas plus intégré que cela [...], dans le sens où après le droit pénal continuera sa voie, puis son souci à ce moment-là c'est plus du tout de se préoccuper du sort de ces enfants entre guillemets « oubliés ». C'est d'autres services de l'État... c'est pas le souci du juge pénal.

²⁹⁹ Voir les sections 5.1, 5.2 et 5.3.

JUGE #16 : Je peux pas réduire sa peine parce que les enfants sont seuls. Il y a d'autres mesures de protection qui ne m'appartiennent pas comme juge. Et il faut les enclencher.

Ces extraits montrent que la perception de la *fonction* du droit criminel, dans le contexte de la RPM, apparaît comme étant incompatible avec la prise en compte des effets de sa propre application. Garcia remarque à ce propos que dès le XIX^e siècle, le droit criminel « [...] va [...] s'attribuer lui-même une fonction sociale spécifique, la protection de la société [...] » (2010, p. 136). Or, juxtaposée à la perception clivée du droit criminel et du droit civil, la fonction de la *protection de la société* est représentée comme étant incompatible avec la protection des proches, qui apparaît comme non pertinente pour la mission du/de la juge pénal-e, ou à tout le moins comme accessoire. Les intérêts *abstraits* de la société prennent le dessus sur le mal *concret* engendré par la sanction pour la personne condamnée, tout comme pour ses proches. Dubé a bien décrit ce phénomène :

[...] cette autodescription systémique a [...] tendance à concevoir la protection de la société comme devant de fait « prendre le pas sur toute autre considération » ; il en va alors moins de la protection réelle ou concrète de la société que de la préservation de ce qui est perçu par le système comme les frontières lui permettant de se distinguer de son environnement et d'exister comme unité différenciée [...]. (2012, p. 680)

Dubé remarque également que la sémantique même de la fonction de « protection de la société » induit une logique basée sur la menace, et l'antagonisme :

Difficilement, la sémantique de la protection, dans son acception générale, pourra être purement médiatrice ; elle tendra plutôt à concevoir la protection des uns contre la menace réelle ou construite que représentent les autres. Ce qu'elle stimule plus activement, c'est l'« uni-directivité ». En somme, protéger c'est d'abord et avant tout prendre parti. (2012, p. 677)

Prendre parti, protéger le groupe et non des individus concrets, c'est ce que la fonction de « protection de la société » induit dans la manière de concevoir l'intervention dans la rationalité pénale moderne ; on observe son influence dans plusieurs extraits :

JUGE #2 : [...] dans le principe de base, le droit pénal s'occupe des auteurs, c'est un droit de la faute et puis tout le reste ça nous est égal. [...] [L]e droit pénal reste quand même essentiellement [...] un droit de sanction de l'infraction [...].

JUGE #12 : [...] dans mon esprit je comprends que des intérêts particuliers [...] passent au second plan. Parce que les intérêts particuliers sont plutôt défendus par le droit privé dans notre système, et que le droit pénal a la prétention de défendre des intérêts plus généraux. Je dis pas qu'il faut pas prendre en considération les intérêts des proches du condamné, mais c'est sûr que dans l'ordre des priorités ça vient pas tout au sommet de la liste.

Dans ces extraits, on peut également observer que la fonction de protection de la Société est conçue avant tout dans l'abstraction, et encore une fois, autour de la punition avant tout ; par exemple, l'idée que la société puisse *bénéficier* d'une décision qui protège les enfants de la personne condamnée et l'idée que l'intervention puisse *à la fois* préserver les liens sociaux et protéger la collectivité demeurent majoritairement absentes des données. Comme le dit Dubé, la notion de « protection » a tendance « à refléter le spectre de l'adversité » (2012, p. 677), ce qui semble faire obstacle, ici, à la possibilité de prendre en compte les effets que la peine pourra avoir sur les proches. Du point de vue du système, protéger le groupe semble être incompatible avec la protection des liens sociaux ; si l'exclusion de l'« ennemi de la Société » est valorisée (Pires, 2008a), ses proches en font également les frais : les données tendent à montrer qu'ils semblent *exclus* de la Société qui doit être protégée. Dans le prochain extrait, on voit toutefois une brèche à cette idée : l'acteur/trice va ici *inclure* l'intérêt des enfants de la personne condamnée dans l'intérêt public :

JUGE #2 : [...] on est dans une situation où vous avez la société [...] qui a aussi un intérêt [...]. Maintenant l'intérêt public [...] comprend aussi l'intérêt à ce que les enfants soient bien... [...]. Il est évident que l'intérêt public ne peut pas être contre l'intérêt des enfants, mais il faut toujours faire cet exercice de pondération.

Hormis cet exemple, les données indiquent que de manière générale, la conception de la protection de la société rejoint celle décrite par Pires : celle-ci est appréhendée comme étant *abstraite* : « Abstraite, parce que le mal (concret) causé par la peine est reconnu mais conçu comme *devant causer* un bien moral immatériel [...] (2001b, p. 184, emphase de l'auteur) :

JUGE #12 : [...] la priorité [du droit pénal] [...] c'est l'intérêt du groupe, de la collectivité à ce que certaines valeurs soient préservées. [...] C'est quand même dans l'intérêt du plus grand nombre que les peines soient prononcées, en tout

cas pour les trucs les plus graves, même si c'est sûr qu'on risque d'atteindre, de manière indirecte [...] des proches du condamné.

JUGE #15 : [...] les proches font pas partie du procès pénal, contrairement au civil. Enfin c'est vraiment l'État contre une personne.

La manière de se représenter les « intérêts du plus grand nombre », vers lesquels la mission du système pénal est tournée, est ainsi colorée par les valeurs d'affliction et d'exclusion sociale contenue dans les théories de la peine, et par l'auto-portrait essentiellement punitif que le droit criminel a construit autour d'elles (Pires, 2001a) :

JUGE #4 : Le droit pénal, on trouve le mot peine dans pénal, il est là pour punir [...].

JUGE #15 : [si] une personne [...] qui a fait de la détention avant jugement [...] a énormément souffert de plus voir ses enfants, peut-être qu'on en tiendra compte en disant : [...] on fait le pari que sa souffrance lui a fait comprendre et qu'il ne récidivera pas.

On retrouve dans ce dernier extrait un constat déjà posé précédemment : dans le contexte de la détermination de la peine, les proches n'existent pas *pour eux-mêmes*, mais bien pour ce qu'ils peuvent amener au système dans la réalisation de ses missions, dans la bonne marche de ses opérations, en l'occurrence ici la dissuasion.

En résumé, les données témoignent du poids des représentations relatives à la fonction attribué au droit criminel et à la peine, qui ont tendance à être réduites à la protection de la Société *contre* la personne condamnée et à la punition, représentations qui s'avèrent étroitement liées aux idées dominantes de la rationalité pénale moderne. Dans sa recherche sur la réception des droits de la personne en droit criminel, Garcia s'interrogeait :

[...] les théories de la peine seraient-elles en train d'intervenir sur le plan de la cognition ? Seraient-elles en train d'imposer leurs propres principes et leurs propres priorités au détriment de toute autre injonction ? Tout semble en effet indiquer que ces théories ont un rôle à jouer dans l'absence d'une connexion forte entre les droits de la personne et les principes de détermination de la peine. [...] [C]ette absence [...] semble être intimement liée aux valeurs négatives véhiculées par ces théories de la peine. (2014, p. 375).

À l'aune de nos résultats de recherche, nous pouvons nous interroger de la même manière : les priorités des théories de la peine neutralisent-elles la capacité de concevoir la protection de la Société d'une manière qui soit connectée à la réalité, plutôt qu'à un « bien abstrait » (Pires, 2001b) ? Les données tendent à dire que c'est le cas : protéger la Société et préserver les liens sociaux sont souvent représentés comme étant inconciliables.

Nous présenterons maintenant une seconde illustration de l'influence de la vision identitaire du système de droit criminel sur les rationalités de prise en compte des proches. Ce deuxième exemple touche une catégorie spécifique de proches : les enfants mineur-e-s des personnes condamnées.

6.2.2.2 La notion d'« intérêt de l'enfant » dans le contexte de la détermination de la peine : une réception atomiste et punitive

De nombreuses personnes condamnées sont parents d'enfants mineur-e-s³⁰⁰. Or, comme nous l'avons décrit dans le premier chapitre de la thèse, la littérature fait état de situations de vulnérabilité particulière vécues par les enfants des personnes incarcérées, et plus largement des personnes poursuivies par la justice pénale. Par ailleurs, la protection des enfants fait partie des valeurs particulièrement importantes des systèmes juridiques canadiens et suisses. En effet, pour le premier, la Cour suprême du Canada, se référant aux infractions criminelles commises à l'encontre des enfants, l'a explicitement mentionné : « la protection des enfants est l'une des valeurs fondamentales de la société canadienne » (*R. c. Friesen*, 2020, par. 65). Avant cela, dans *R. c. Sharpe* (2001), la Cour suprême s'était déjà exprimée sur la place octroyée à la protection des enfants en droit canadien, dans des mots qui méritent d'être reproduits ici :

170. La société canadienne reconnaît depuis toujours que les enfants méritent une forme accrue de protection. Cette protection est fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant. [...]

³⁰⁰ Pour les chiffres relatifs au nombre d'enfants concerné-e-s par l'incarcération parentale au Canada et en Suisse, voir la note 114.

171. La nécessité de protéger les enfants contre tout préjudice est une préoccupation constante du Canada. En 1991, le Canada a ratifié la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies [...]. L'appui du Canada à la Convention témoigne de son ferme engagement à protéger les droits des enfants.

[...]

174. Les tribunaux canadiens ont manifesté une attention accrue à l'égard des droits et des intérêts des enfants. Notre Cour a souligné à maintes reprises l'importance d'assurer la protection des enfants et des jeunes contre diverses formes de préjudice [...]. La common law, sur le fondement de la compétence *parens patriae*, a reconnu le pouvoir des institutions de l'État d'intervenir pour protéger les enfants en situation de risque [...].

175. La protection des enfants contre le préjudice est un objectif accepté universellement. (nous soulignons)

Quant au droit suisse, il contient des protections constitutionnelles spécifiques pour les enfants mineur-e-s³⁰¹. Le Tribunal fédéral a par ailleurs rappelé encore récemment que leur protection doit être considérée comme fondamentale en Suisse³⁰².

Considérant les protections juridiques particulières dont font l'objet les enfants mineurs, dont nous venons de faire brièvement état, nous avons voulu explorer la manière dont les acteurs et actrices percevaient le rôle du système pénal quant aux enfants des personnes condamnées. Durant les entrevues, nous avons mobilisé la notion d'« intérêt de l'enfant », fort souvent employée par le droit en lien avec le besoin de protection accrue des personnes mineur-e-s, en tant qu'élément de réflexion relatif à la thématique des proches. Face à l'absence de cadre légal relativement aux effets de la peine sur les enfants, il s'agissait d'offrir aux acteurs/trices une prise pour réfléchir à cette question, qui soit puisée dans les idées juridiques déjà disponibles et fortement valorisées par le droit, des normes

³⁰¹ L'art. 11 al. 1 Cst consacre un droit à une protection particulière pour l'intégrité et le développement des enfants, alors qu'aux termes de l'art. 41 al. 1 Cst let. c) et g), la Confédération et les cantons s'engagent notamment à offrir une protection pour les familles, ainsi qu'à encourager l'intégration sociale des jeunes. L'art. 67 Cst prévoit quant à lui que « dans l'accomplissement de leurs tâches, la Confédération et les cantons tiennent compte des besoins de développement et de protection propres aux enfants et aux jeunes ».

³⁰² Arrêt du Tribunal fédéral 8C_25/2018 du 19 juin 2018.

relatives à la protection des enfants qui se situent dans les réservoirs de la normativité juridique *accessible* mais également *possible*, pour reprendre les mots de Garcia (2020).

Nous avons donc échangé avec les participant-e-s autour de cette notion ; ce faisant, nous avons souhaité observer sa réception dans le contexte de la détermination de la peine. Avant de présenter l'analyse des données à cet égard, nous présenterons brièvement la notion d'« intérêt de l'enfant » pour contextualiser notre propos à ce sujet.

6.2.2.2.1 Préambule à l'analyse : la notion d'« intérêt de l'enfant »

La notion d'« intérêt de l'enfant » est consacrée à l'article 3 par. 1 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* [ci-après : CDE]. D'après cette disposition, cet intérêt doit constituer une considération primordiale « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs ». Même si cette notion est souvent associée au droit de la famille et au droit de la jeunesse, la CDE ne distingue pas entre droit civil et droit pénal aux fins de son application. De plus, le Comité des droits de l'enfant [ci-après : le Comité] a précisé explicitement que les États parties à la CDE ont

[...] l'obligation de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit intégré de manière appropriée et systématiquement appliqué dans toutes les actions conduites par une institution publique, en particulier [...] les procédures [...] judiciaires qui ont une incidence directe ou indirecte sur les enfants. (Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, 2013, par. 14 let. a)

Pour le Comité, l'« intérêt de l'enfant » présente trois dimensions : il est à la fois un droit de fond, un principe juridique interprétatif fondamental et une règle de procédure (2013, par. 6). Il s'agit d'« un concept dynamique qui embrasse diverses questions en constante évolution » (2013, par. 11). Malgré ses contours flous et son caractère polymorphe (Malacket, 2010), la notion d'« intérêt de l'enfant » est fortement ancrée dans les valeurs de notre société (Godbout, Parent et Saint-Jacques, 2014) ; elle l'est également dans le droit canadien, cela depuis longtemps (Malacket, 2014), notamment en droit de la famille et en matière de protection de la jeunesse, mais aussi dans d'autres domaines du droit

comme en matière d'immigration. Alors que la CDE n'est pas directement applicable au Canada, depuis l'arrêt *Baker c. Canada* (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1999), il est acquis que les valeurs qu'elle contient peuvent servir aux tribunaux canadiens dans l'interprétation des lois (Chamberland, 2004). Quant à la Suisse, elle a ratifié la CDE en 1997 ; depuis lors, cette dernière fait partie intégrante de l'ordre juridique suisse et elle y est directement applicable.

En matière pénale, le Comité a précisé que l'« intérêt de l'enfant » doit être considéré dans les décisions rendues en matière de peine, lorsque ces dernières peuvent affecter les enfants des personnes condamnées :

[...] in sentencing parent(s) and primary caregivers, noncustodial sentences should, wherever possible, be issued in lieu of custodial sentences, including in the pre-trial and trial phase. Alternatives to detention should be made available and applied on a case-by-case basis, with full consideration of the likely impacts of different sentences on the best interests of the affected child(ren). (Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, 2011, par. 30)

Suite à cette affirmation, en 2012, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies reprenait la même idée lors d'une de ses sessions :

[Le Conseil des droits de l'homme] [s]ouligne qu'il convient de donner la priorité, lorsqu'il s'agit de condamner ou de décider de mesures préventives à l'égard d'une femme enceinte ou d'une personne exclusivement ou principalement chargée de l'enfant, à des mesures non privatives de liberté, compte tenu de la gravité de l'infraction et de l'intérêt supérieur de l'enfant ; (Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, 2012, par. 67)

Or, la notion d'« intérêt de l'enfant » ne figure pas en tant que telle dans les principes encadrant le choix de la peine, cela ni au Canada, ni en Suisse³⁰³. Les cadres légaux de ces deux pays témoignent d'un hermétisme à cette notion, par ailleurs extrêmement présente dans d'autres sous-systèmes du droit ; elle semble franchir difficilement la frontière du droit criminel. Cette absence nous semble révélatrice de l'étanchéité de cette discipline du droit face aux autres, et constitue probablement un indicateur intéressant du

³⁰³ Voir la section 1.3.3.

caractère autonome et différencié du système de pensée du droit criminel moderne (voir Pires, 2001b).

La détermination de la peine ne présente toutefois pas un hermétisme systématique à la notion d'« intérêt de l'enfant ». En effet, plusieurs textes supranationaux mobilisent cette notion eu égard au choix de la peine d'un parent, comme par exemple, la *Recommandation 2018(5) concernant les enfants de détenus* [ci-après : *Recommandation 2018(5)*]. Dans son préambule, ce texte, adopté par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, précise qu'il se fonde sur le constat que « les enfants de détenus doivent bénéficier des mêmes droits que les autres enfants », et qu'ils font fréquemment face à de la stigmatisation et de la discrimination, en plus de vivre des difficultés psychologiques, financières et sociales d'envergure en lien avec l'incarcération ou la judiciarisation de leur parent. Avec pour objectif d'atténuer autant que possible ces conséquences négatives, la *Recommandation 2018(5)* propose un éventail de mesures destinées à mieux prendre en considération l'existence de ces enfants dans le cadre des poursuites pénales qui visent leur parent. Parmi elles, concernant la détermination de la peine, elle préconise la chose suivante :

2. Lorsqu'une peine privative de liberté est envisagée, il convient de prendre en considération les droits et l'intérêt supérieur de tout enfant concerné et de recourir, dans la mesure du possible et, si approprié, à des mesures alternatives à la détention, en particulier lorsque le parent a la responsabilité à titre principal de l'enfant.

Ce texte invite donc très clairement à favoriser des peines non carcérales lorsqu'un enfant mineur est susceptible d'être atteint dans ses droits et dans son intérêt par l'infliction d'une peine. Dans le même sens, plusieurs pays ont entamé une réflexion quant à l'intégration de la notion d'« intérêt de l'enfant » dans le contexte de la détermination de la peine. Par exemple, en Afrique du Sud elle a été intégrée dans les critères à considérer, par le truchement de la jurisprudence³⁰⁴. Autre exemple, en Angleterre et au Pays de Galles une tendance commence à se dessiner en faveur d'une pesée d'intérêts entre l'intérêt des enfants d'une part, et les différents objectifs attribués au prononcé des peines d'autre part

³⁰⁴ Voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle sud-africaine *S. v. M.* (2007).

(Donson et Parkes, 2016). De plus, depuis le 1^{er} octobre 2019, le *Sentencing Council for England and Wales* a publié des directives relatives à l'infliction de peine en présence d'enfants mineur-e-s, dont voici un extrait :

The court should ensure that it has all relevant information about dependent children before deciding on sentence. When an immediate custodial sentence is necessary, the court must consider whether proper arrangements have been made for the care of any dependent children and if necessary consider adjourning sentence for this to be done.³⁰⁵ (2019)

D'après ces lignes directrices, les tribunaux anglais et gallois doivent notamment s'assurer qu'ils disposent de toutes les informations pertinentes quant aux enfants dépendants de la personne condamnée avant de prendre une décision sur la peine. Ces quelques exemples montrent que les enjeux relatifs aux enfants des personnes condamnées sont parfois visibles dans les communications législatives relatives à la détermination de la peine, quoiqu'ils ne le soient pas en Suisse et au Canada à l'heure actuelle.

Face au silence des législations suisse et canadienne en matière de peine quant à la manière de considérer (ou non) l'existence des enfants des personnes condamnées, nous avons voulu explorer le point de vue des juges sur la notion d'« intérêt de l'enfant » en lien avec la peine. Pour ce faire, nous avons proposé la réflexion suivante aux actrices et acteurs, lorsque le contexte d'entrevue s'y est prêté : *en matière civile, la séparation d'un enfant d'avec son parent apparaît comme problématique ; elle induit des préoccupations et nécessite une enquête sociale. La loi prévoit de nombreuses balises afin de protéger l'enfant dans ces contextes. La loi criminelle ne semble pas témoigner de la même préoccupation, quand un enfant risque d'être séparé de son parent en lien avec une incarcération*³⁰⁶. *Comment percevez-vous cette différence ?*

³⁰⁵ *Sentencing Guidelines : M14 Sole carer*, en ligne : <https://www.sentencingcouncil.org.uk/droppable/item/m14-sole-carer/>

³⁰⁶ Voir Minson (2020) pour une réflexion sur la différence de perception de la séparation parent/enfant en droit civil et en droit criminel.

Les points de vue recueillis amènent deux observations principales. D'abord, la notion d'« intérêt de l'enfant » est souvent associée à la responsabilité de l'auteur/trice de l'infraction, et non à celles des tribunaux. Ensuite, de manière générale, la notion d'« intérêt de l'enfant » n'est pas représentée comme étant une *source de droit valable* en lien avec la protection des enfants à l'égard des effets de l'application du droit criminel. Nous examinerons successivement ces deux observations issues du matériel empirique.

6.2.2.2 La réception de la notion d'« intérêt de l'enfant » dans le contexte de la détermination de la peine : le point de vue des juges

L'analyse des données montre d'abord que la notion d'« intérêt de l'enfant » est parfois représentée comme étant étrangère au droit criminel ; elle est associée avant tout au droit civil :

JUGE #5 : [...] le droit criminel est pas concerné par l'intérêt de l'enfant. Le droit familial, la règle cardinale c'est l'intérêt de l'enfant, parce que c'est ça que tu gères. Tu gères une séparation [...]. T'es pas dans le crime là. [...] En droit criminel, je veux dire, c'est pas... on gère un crime commis, là.

JUGE #20 : [L]es autres domaines du droit, ils visent toujours l'intérêt de l'enfant, c'est la règle d'or de l'activité de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte. C'est toujours, on regarde quel est l'intérêt de l'enfant. Là, on doit punir le père. Je crois que le problème se pose sous un angle très différent. Ou la mère.

- **JUGE #5** : En droit [civil] on a le principe cardinal de l'intérêt de l'enfant qui est un principe [...].
- Qui n'existe pas en droit criminel ! Nous, on peut interdire à un père de voir ses enfants pendant DEUX ANS parce que madame a porté une accusation de menaces à la police. [...] [Ç]a m'a toujours sidéré-e ! Alors qu'en chambre de la famille, avant d'interdire à un père de voir ses enfants ça t'en prend des expertises. Mais pas nous autres en droit criminel !

Ces acteurs/trices articulent leur réflexion autour de la commission d'une infraction, qui appellerait d'emblée une rationalité incompatible avec l'usage de la notion d'« intérêt de l'enfant ». On observe dans ces extraits une perception différentielle de la séparation entre un enfant et son parent selon si l'on se trouve en droit criminel et en droit civil, mais également, une fois de plus, d'une rationalité atomiste (Pires, 2001b), où les effets concrets de la peine sur les liens sociaux demeurent dans un angle mort – ou à tout le

moins inintéressants –, et où la personne condamnée est appréhendée sans tissu social. Ensuite, la notion d'« intérêt de l'enfant » est parfois mobilisée par les juges eu égard à la mission du droit criminel relative à la poursuite d'infractions :

JUGE #8 : [...] [L]'intérêt de l'enfant, en civil, c'est : [...] on évalue avec qui il serait le mieux. [...] Mais en droit criminel l'intérêt de l'enfant c'est de la protection, c'est... Je dois l'éloigner – pas le rapprocher – mais l'éloigner de celui qui l'a agressé, de celui qui risque de l'agresser. Dans ce sens-là, l'intérêt de l'enfant existe, mais la finalité est différente.

On voit ici que cette notion est mobilisée en référence aux conséquences *de l'infraction*, lorsqu'un enfant en est la victime. Elle devient intéressante pour le système quand elle est juxtaposée à une *norme de comportement*. Sa réception par les juges s'articule alors essentiellement autour de la personne condamnée et du mal causé par l'infraction. Cette représentation est fréquemment présente dans les données :

JUGE # 8 : [...] la question centrale – en tout cas du *Code criminel* – c'est la protection des enfants. Puis comme je vous ai dit que l'accusé était au centre de la pièce, bien c'est la protection de l'enfant vis-à-vis de l'accusé. [...] [P]arce qu'il est souvent une victime. [...] On veut pas que sa sécurité [ou son intégrité] soi[en]t compromise[s]. [...] La protection de l'enfant, en droit criminel, ça ne peut être qu'à l'égard de l'accusé. (nous soulignons)

Cet extrait témoigne d'une perspective selon laquelle il reviendrait uniquement aux justiciables, et non aux instances pénales, de respecter la notion d'« intérêt de l'enfant » ; le rôle du droit criminel serait alors d'intervenir pour marquer une désapprobation particulière à l'égard des actes ayant mis en péril cet intérêt. Cette observation nous amène à deux réflexions. D'abord, la notion d'« intérêt de l'enfant » n'est pas représentée comme s'adressant également aux juges et institutions pénales *par rapport aux conséquences de l'application du droit criminel*. Ensuite, le besoin de protection accrue des enfants mineur-e-s concernerait uniquement celles et ceux qui sont victimes d'une infraction criminelle, et non ceux/celles qui pourraient pâtir de la réaction pénale. On le voit également dans cet extrait :

JUGE #4 : L'intérêt de l'enfant en soi, n'est pas à mon sens un des buts à viser par le droit pénal, si ce n'est l'intérêt des enfants victimes bien évidemment. Mais là on parle de l'intérêt [...] de l'enfant du condamné. [...] Parce que l'intérêt

de l'enfant est un des buts du droit pénal, notamment on vise à empêcher les auteurs, de s'en prendre physiquement, sexuellement [...] aux enfants. On respecte l'intérêt de l'enfant. Le droit pénal doit viser [...] la protection de l'intérêt de l'enfant. Lorsque l'on a un enfant victime, on prend en compte l'intérêt de l'enfant lors de son audition [...]. (nous soulignons)

Ici, la notion est mobilisée afin de justifier l'intervention pénale – voire l'imposition d'une peine plus sévère –, mais ne l'est pas pour justifier une modération dans l'intervention. L'idée voulant qu'elle puisse être mobilisée dans une logique non-répressive, mais bien *garantiste*, demeure dans un angle mort. On peut ici tirer un parallèle avec les constats de Garcia eu égard à la réception des droits de la personne en droit criminel, lorsqu'elle affirme que « les droits de la personne ont le potentiel de devenir "raison punitive" une fois qu'ils sont mobilisés en lien avec les concepts et les idées typiques du droit de punir en matière de droit criminel » (2010, p. 78). Cela ressort de notre matériel, où l'on peut observer, similairement à Garcia, que les droits de l'enfant sont susceptibles de « jouer le rôle de ressource normative d'appui » (2014, p. 366) à la poursuite d'infractions commises à l'encontre des enfants, et ainsi de contribuer à « active[r] [...] le droit criminel » (2014, p. 366) ; le souci exprimé par le droit quant au bien-être de l'enfant semble s'arrêter à la frontière des normes d'incrimination, sans parvenir à s'actualiser dans les normes guidant la détermination de la peine juste et adéquate.

L'analyse montre ainsi une mobilisation de la notion d'« intérêt de l'enfant » à géométrie variable dans le contexte de la détermination de la peine ; les *effets* qui sont susceptibles de découler d'une décision pénale sont absents de la réflexion, et la déclaration de culpabilité d'une personne apparaît comme un obstacle cognitif à la perception des risques *concrets* encourus par ses enfants en lien avec la peine. Ce résultat d'analyse peut être mis en dialogue avec les constats de Garcia, à l'effet que les droits de la personne s'estompent une fois la personne reconnue coupable, celle-ci devenant alors « l'"ennemi" de la société et ses privilèges de "bon citoyen" [étant] alors révoqués » (2014, p. 378).

En effet, il ressort des données que la protection des droits des enfants est conçue essentiellement de manière négative : mobilisée pour protéger les enfants contre le crime, la notion d'« intérêt de l'enfant » s'inscrit dans une perspective encore une fois articulée

autour de l'auteur/trice et de l'infraction. Elle est employée en tant que *protection contre l'ennemi*, et non en tant que *protection contre l'intervention de l'État*, ce qui annihile son caractère garantiste. Piégée dans la rationalité pénale moderne, la notion d'« intérêt de l'enfant » lui sert d'outil additionnel pour légitimer des peines afflictives. Par ailleurs, elle semble plus difficilement mobilisable dans une protection *positive* des intérêts de l'enfant, aux fins de soutenir une intervention modérée. Certains constats posés par Mead au début du XX^e siècle³⁰⁷ sont particulièrement visibles ici : si le droit criminel dit défendre la valeur « protection de l'enfant », il le fait de manière négative et atomiste, sans se donner pour mission d'exprimer cette valeur concrètement dans son propre fonctionnement ; plutôt qu'une valeur d'usage, elle présente les traits d'une *valeur-sacrifice* (voir Mead, 1918 ; Pires, 2001a).

Dans la suite de cette observation, la mobilisation des droits des enfants pour les protéger *contre les effets de la peine* apparaît peu pertinente pour certain-e-s acteurs/trices :

- **JUGE #4 : [si un-e avocat-e argumente avec la Convention des droits de l'enfant, avec la CEDH, avec les droits constitutionnels qui sont spécifiques à la protection accrue qui est dévolue aux enfants [...]]**
- Alors je le ferais pas taire, hein [rire] [...]. [M]ais après, comme je doute de pouvoir faire application de ces droits-là, je pense pas que parce qu'il le plaiderait, que tout d'un coup je serais habilité à mettre en œuvre ces conventions internationales pour diminuer la peine. [...] [L'avocat] peut toujours essayer. Mais je pense pas que ça porterait ses fruits [...].

Ici, les ressources normatives associées à la protection des enfants ne sont pas représentées comme valables dans le contexte de la détermination de la peine ; la rationalité pénale dominante *disqualifie* son usage, elle le soustrait au champ des possibilités. On observe ici ce que Garcia nomme un rapport d'*aliénation au droit*, c'est-à-dire « un rapport étroit au droit positif, [dans lequel] le droit produit l'acteur qui l'utilise plus que l'acteur ne produit le droit » (2020, p. 651 ; voir aussi Teubner, 1989).

Face à des questionnements sur la place de la CDE dans le contexte de la détermination de la peine, la représentation clivée du droit pénal et du droit civil (Pires, 1991) ressurgit

³⁰⁷ Nous avons déjà présenté ces constats dans la section 2.2.

également. Pour plusieurs juges, dans le contexte de la détermination de la peine, l'absence de qualité de *partie* des enfants d'une personne condamnée induit une incapacité à mobiliser la notion d'« intérêt de l'enfant » en leur faveur :

JUGE #9 : [...] en matière civile l'enfant est sujet de droit [...]. Puis il y a la *Convention internationale sur les droits de l'enfant* aussi qui s'applique [...]. Quand l'enfant [...] est au centre d'une prise de décision, [...] ces droits-là soient enchâssés de façon très très stricte. [...] La difficulté qu'on a en matière criminelle c'est que l'enfant qui n'est pas autrement victime ou témoin [...] [n']est pas sujet de droit comme tel. [...] Le droit criminel le traite comme un tiers.

JUGE #8 : Mais ici on a deux systèmes. Le droit civil veut régler un problème de relation entre deux personnes à l'égard de l'enfant, dans lequel on a établi le critère de l'intérêt [...] supérieur des enfants. [...] Là, se présentent devant nous, en civil, des personnes, je dirais égales. [...] Ces personnes-là... ont le droit légitime de revendiquer telle position et selon un critère qu'ils appellent l'intérêt des enfants. En matière criminelle la sanction est pas rendue nécessairement en fonction de l'intérêt des enfants.

JUGE #2 : [...] le seul sujet de droit qui est au centre de la procédure pénale, c'est le prévenu, donc ses proches ne sont pas parties, ne sont pas considérés, ne sont pas impliqués dans la procédure pénale. Ils peuvent s'exprimer [...] mais ils n'ont pas de droit propre, dans la procédure pénale concernant leur proche.

On voit dans ces extraits l'importance des aspects procéduraux dans la réception de la notion d'« intérêt de l'enfant », et plus largement des droits des enfants dans le contexte de la détermination de la peine, qui sont également soulignés par certain-e-s avocat-e-s de la défense :

AVOCAT-E #2 : [...] je vais être volontairement cash : ils s'en tapent [de la *Convention relative aux droits de l'enfant*] ! Ça n'a aucune valeur juridique [...] dans le procès pénal. [...] [V]ous venez *invoker* la *Convention des droits de l'enfant* [...], bien sûr. Mais on va me dire : l'enfant, pour qu'il fasse valoir ses droits découlant de cette convention, il doit être partie à UNE procédure. Il n'est pas partie à une procédure pénale, l'enfant. [...] Donc il n'existe pas.

Lorsque l'on incarcère son parent, l'enfant « n'existe pas » ; or, s'il est une décision étatique qui puisse atteindre directement les relations entretenues par un enfant avec son parent, c'est bien la décision d'incarcérer une personne. Les données indiquent toutefois que si l'enfant n'est pas affecté directement par l'infraction – soit comme victime, soit comme témoin –, son existence n'est pas perçue comme ayant une place dans le

processus décisionnel ; il est alors « sans droits » sur le plan procédural, comme on l'observe encore dans cet extrait :

JUGE #9 : [...] dans tous les milieux de justice criminelle que j'ai côtoyés depuis que j'ai été assermenté-e comme avocat-e [dans les années 70], personne a jamais évoqué la possibilité qu'un enfant d'un délinquant puisse être considéré comme un sujet de droit et qu'on puisse lui reconnaître des droits à ce titre-là, des droits spécifiques.

En filigrane, on constate également que les enfants d'une personne condamnée se retrouvent « sans voix », dans le contexte de la détermination de la peine. Les données tendent aussi à montrer que les enjeux liés au sort des enfants en lien avec l'infliction d'une peine ne font pas partie des communications juridiques *habituelles* pour les acteurs/trices : plusieurs juges perçoivent une absence des droits de l'enfant dans les discours des parties en lien avec la peine. Ce constat est souvent posé de manière réflexive par les actrices et les acteurs, qui se questionnent à cet égard :

- **JUGE # 11** : [Les droits des enfants d'une personne condamnée,] [e]st-ce que c'est quelque chose que vous avez déjà entendu [...] ?
- Non absolument pas. J'ai jamais eu, j'ai jamais vu dans un jugement, et j'ai jamais entendu un avocat dans une plaidoirie se référer à la Convention des Nations Unies, aux droits de l'enfant pour essayer de plaider une peine avec sursis par exemple, ou une peine pécuniaire plutôt qu'une peine privative de liberté. Ça je l'ai jamais entendu [...]. Comme quoi c'est pas encore dans les esprits je dirais.

Cette dernière affirmation, relative spécifiquement aux droits des enfants qui pourraient être affectés par la peine choisie, résonne en fait avec les différents constats posés durant l'analyse des données : c'est l'intégralité du thème traité dans cette thèse, les effets de la peine sur les proches, qui n'est pas « dans les esprits » des acteurs/trices au moment de choisir la peine, et qui s'avère absente des préoccupations du système qui inflige les sanctions. Or, le caractère *réflexif* des entretiens menés a permis, pour certain-e-s acteurs/trices, de favoriser la visibilité cette thématique ; celui/celle qui s'exprimait ci-dessus poursuit ainsi :

JUGE #11 : Ça va peut-être venir, puisque l'intérêt du droit, c'est aussi que ça bouge tout le temps, ça évolue et peut-être qu'on va y arriver. Oui. Vous me suscitez une idée, peut-être dans un de mes jugements, on pourrait justifier une

fois une peine avec sursis en se basant sur le droit de l'enfant au contact avec le parent, etc. Donc oui, peut-être !

Dans cet extrait, on voit qu'une fois ramenés dans le champ de visibilité de l'acteur/trice, les effets de la peine sur les enfants mineurs permettent d'actualiser de nouvelles idées pour penser l'intervention. Cette position réflexive montre que la considération de ces effets lors du choix de la peine est perçue comme une réelle *possibilité*, quoiqu'elle ne soit pas encore actualisée dans les communications du droit criminel. On peut l'observer dans d'autres extraits :

- **JUGE #13 : Est-ce qu'on pourrait envisager de mobiliser cet outil législatif [qu'est la CDE] [...] pour argumenter [en lien avec la peine] ?**
- J'y ai jamais pensé, mais je pense que quelqu'un devrait essayer. Je pense que quelqu'un devrait essayer.

JUGE #11 : Ce que vous dites est très intéressant parce qu'effectivement, la *Convention des droits de l'enfant* elle est directement applicable. Elle est obligatoire, enfin les pays qui l'ont ratifiée doivent la mettre en œuvre et puis respecter tous les principes et les droits qu'elle contient. [...] Je suis obligée de mettre au conditionnel, mais on devrait tenir compte de cette convention... même en droit pénal. Même au moment de fixer une sanction. Si on sait, en tant que juge au tribunal, que des enfants pourraient être impactés par une incarcération [...]. Ça c'est clair. Oui. Mais sincèrement on le fait pas. Sincèrement, c'est pas dans la pratique. (nous soulignons)

D'après les données, les enjeux relatifs au sort des enfants sont parfois mentionnés par les avocat-e-s de la défense, mais sans être articulés autour d'un cadre juridique ; l'invisibilité des droits des enfants dans le contexte de la détermination de la peine est observable également dans les propos d'avocat-e-s de la défense :

- **AVOCAT-E #4 : Est-ce que [si] la personne [a] des responsabilités familiales [...] la question des droits des enfants, elle se pose parfois ?**
- [...] Non c'est pas un élément qui... non. Pas dans le cadre de mes fonctions en droit criminel, [...] ma première obligation, moi, c'est l'intérêt de mon client. [...]
- **Est-ce que vous pouvez être amené-e à plaider du droit en lien avec les enfants ?**
- Non, bien non. [...] J'y ai jamais pensé. [...] [C]'est pas l'enfant qui est au cœur du litige, c'est pas l'intérêt, le juge statue pas sur la garde...

Durant les entrevues, le contact avec des éléments de réflexion sur les protections octroyées aux enfants par certains instruments internationaux a induit une position réflexive et critique chez certain-e-s actrices et acteurs :

JUGE #11 : [...] je pense [que] c'est un problème d'évolution de société et que ce souci de l'enfant n'est pas encore intégré au droit pénal, en fait. Ça s'est fortement développé en droit civil [...] où on va vraiment prendre en compte [...] l'intérêt supérieur de l'enfant. Et cet aspect-là n'a pas encore touché le droit pénal. Et pour quelles raisons ? Je n'en sais rien, si ce n'est qu'à mon avis, dans l'esprit des gens... Quand je dis des gens... [...] nous, juges, on fait pas les lois, donc je parle des politiciens [...], le législatif. Le droit pénal en priorité doit être répressif. [...] [S]ans se poser la question de : quelles sont les conséquences pour la famille pendant l'exécution de la peine ? Ça c'est un élément [...] à mon avis, qui n'est pas dans l'esprit du droit pénal [...]... en tout cas pas suffisamment pour qu'on voie des changements, que ce soit dans la pratique ou dans la loi, dans l'esprit du législatif, voire en tout cas de certains juges.

On retrouve dans cet extrait le clivage entre droit civil et droit pénal décrit par Pires (1991) : le second ne pourrait pas être pensé en dehors d'un prisme répressif. Ici, l'acteur/trice *entrevoit* les barrières cognitives qui empêchent de considérer les effets de la peine sur les proches : le fait de penser l'intervention à partir de l'affliction et de la sévérité (voir Garcia, 2013). Derrière cette réflexion, on voit comment l'absence de *théorie positive* de la sanction, au sens où l'entendent Garcia et Dubé (2017b)³⁰⁸, empêche de penser la sanction d'une manière qui préserve les liens sociaux des individus, qui valorise l'inclusion sociale. Ajoutons à cela qu'une théorie positive de la sanction impliquerait aussi d'exprimer dans l'intervention, comme le suggère Garcia dans son éthique de l'action en boucle (2020)³⁰⁹, les valeurs positives que sont la modération, la réserve dans l'usage des mesures contraignants la liberté ou encore la protection de la liberté ; ce faisant, une telle théorie permettrait de soutenir et de favoriser la *responsabilisation du système* face aux conséquences de son intervention, sur toutes les personnes atteintes par celle-ci.

Pour conclure cette section et synthétiser la manière dont les actrices et acteurs se représentent la notion d'« intérêt de l'enfant », l'analyse présentée dans cette section a permis d'observer que dans le contexte de la détermination de la peine, l'idée de

³⁰⁸ Nous avons décrit cette théorie aux pages 106-107.

³⁰⁹ Nous avons décrit cette éthique aux pages 243-244.

s'interroger sur la protection des enfants et sur les effets de la peine à leur égard se heurte à la *représentation identitaire du droit criminel* : dans un système de pensée où domine l'idée d'une peine *atomiste* et orientée vers l'affliction de la personne condamnée, peu importe l'existence de ses liens sociaux concrets, la notion d'« intérêt de l'enfant » manque de justification théorique pour être mobilisée en faveur de la protection des enfants *eu égard à la décision pénale*. Dans la mesure où les idées qui dominent le système pénal sont indifférentes à l'existence de ces liens, et où les « bienfaits » de l'intervention sont conçus de manière abstraite (Pires, 2001b), les implications de la peine sur ces liens et sur les *tiers* sont très difficiles à prendre substantiellement en considération par les acteurs/trices. Ces observations font écho à celles de Garcia :

[...] [U]n système de pensée détermine les inclusions mais aussi les exclusions (au niveau cognitif). Sur le plan cognitif, nous pouvons dire que la RPM accomplit deux opérations : elle restreint la pertinence de certaines informations (décisions, prémisses décisionnelles, valeurs, etc.) et elle stabilise et renforce l'utilisation récursive de certaines autres informations. (2010, p. 335, nous soulignons)

En effet, ce qui frappe dans le matériel récolté, c'est la perception variable de la notion d'« intérêt de l'enfant » : sa place, dans l'équation pénale, s'articule essentiellement dans une perspective atomiste, afflictive, négative et hostile de la peine. L'analyse montre ainsi que si les droits des enfants sont représentés comme pertinents aux fins de justifier la sévérité des peines, ils ne semblent pas l'être pour soutenir leur modération ; la RPM semble *restreindre leur usage*, limiter le spectre de leur application dans les perceptions des acteurs/trices. On peut faire également un parallèle avec les constats de Garcia lorsqu'elle observe des usages problématiques des droits de la personne dans le système de droit criminel :

[ces usages problématiques des droits de la personne] sont reliés au fait qu'ils aient été juxtaposés aux théories classiques de la peine et à leur logique répressive. Par l'effet de cette juxtaposition, les droits de la personne, corollaires de la raison, du progrès et de l'humanisme, deviennent vite quelque chose de radicalement différent : un argument de plus pour justifier la neutralisation des moyens de défense, l'extension des infractions et le durcissement des peines [...]. (2007, par. 34)

Or, notre analyse a permis d'observer similairement un « usage problématique » de la notion d'« intérêt de l'enfant » dans le système de droit criminel : les données indiquent que celle-ci réfère avant tout à la protection des enfants *contre les agissements des auteurs/trices d'infraction*, et non à la protection *contre les effets d'une décision pénale*. Derrière cette distinction se loge encore une fois l'idée que les effets indésirables des peines seraient étrangers à l'action du système pénal, et hors du champ d'action des actrices et acteurs œuvrant en son sein.

Sans pouvoir généraliser cette observation à tout le corpus, les données indiquent une tendance vers une mobilisation *punitive* de la notion d'« intérêt de l'enfant » dans le contexte de la détermination de la peine, lorsque cette mobilisation n'est pas neutre, voire absente, ce qui est majoritairement le cas. Utilisons une image proposée par Garcia (2010) lorsqu'elle observe le rapport entre les droits de la personne et le droit criminel pour décrire nos observations : dans leur rapport au droit criminel, les droits de l'enfant ont le potentiel de « contaminer » les théories de la peine et de contribuer à transformer le droit criminel. Dans la détermination de la peine juste et adéquate, ils pourraient jouer un rôle « de limite et de critique à l'égard du droit de punir » (Garcia, 2010, p. 79), par exemple lorsqu'un enfant risque de voir ses droits atteints par l'infliction d'une peine, notamment son droit à vivre avec ses parents et à être élevé par leurs soins, garanti par les articles 7, 9 et 20 de la CDE, et son droit à ce que son intérêt soit « [...] appliqué dans toutes [...] les procédures [...] judiciaires qui ont une incidence directe ou indirecte sur [lui] », tel que le préconise le Comité des droits de l'enfant (2013, par. 14 let. a). Nous avons vu des traces de ce potentiel dans les positions réflexives de certain-e-s acteurs/trices, présentées précédemment.

Or, pour l'heure nous observons toutefois une *absence de dialogue* entre les droits des enfants et le droit criminel, voire une « contamination » des théories de la peine sur les droits des enfants, lorsque ces derniers sont utilisés pour justifier une peine plus sévère. Par ailleurs, l'idée même que le fait de ne pas considérer l'existence des enfants puisse atteindre leur droit à la vie familiale, à la dignité ou à la sécurité demeure absente de nos données, comme si le caractère *garantiste* des droits des enfants s'évaporerait au contact du droit criminel.

6.2.3 La prise en compte des proches : un « risque » pour le système pénal

En sus des obstacles déjà évoqués³¹⁰, la prise en compte des proches se heurte à une représentation particulièrement fréquente dans les données : l'idée qu'elle puisse représenter un *risque*, et non une valeur ajoutée, dans le contexte de la détermination de la peine. Nous avons identifié quatre risques dans les points de vue recueillis : le risque de discrimination entre personnes condamnées ; le risque d'instrumentalisation des proches par la personne condamnée ; le risque de généralisation de la prise en compte ; le risque d'être « hors-la-loi » en tenant compte des effets de la décision sur les proches. Par ailleurs, l'analyse a permis d'observer que la perception de la prise en compte des proches en tant que *risque* pour le système est intimement liée à un sentiment souvent exprimé par les acteurs et les actrices : la complexité que présente la tâche de déterminer une peine. Cette complexité, couplée à la perception des risques, s'est avérée constitutive d'un obstacle à une prise en compte des effets. Ainsi, en amont de la description des risques *perçus* par les juges (6.2.3.2), nous décrirons les points de vue des juges relativement aux difficultés qui sous-tendent la tâche de choisir une peine (6.2.3.1).

6.2.3.1 De la difficulté de fixer une peine

Durant les entretiens, les juges ont souvent mis en relation le sujet des effets de la peine sur les proches avec la complexité de la tâche qui leur incombe lorsqu'ils/elles déterminent la peine. Ce constat a été pour nous une « surprise » dans les résultats de recherche ; en demandant aux juges de réfléchir aux proches, nous avons déclenché une réflexion sur *l'acte de juger*, sur ses écueils, ses difficultés, ses fragilités. Le matériel empirique contient de nombreux extraits qui vont dans ce sens :

JUGE #2 : La fixation de la peine, c'est vraiment l'exercice le plus difficile. [...] C'est pas un travail informatique, hein, la fixation de la peine. [...] [C]'est un processus qui est extrêmement complexe, je pense qu'on est tous sensibles à la situation individuelle de la personne, après, il y a tellement de critères qui entrent en ligne de compte. Et c'est tellement faillible le processus.

³¹⁰ Voir la section 6.2.

JUGE #14 : Mais fixer une peine, c'est un exercice qui est assez difficile, et même après [plus de vingt ans] de carrière de pénaliste, c'est toujours délicat. [...] [C]'est très difficile parce qu'on a un large pouvoir d'appréciation. [Avoir ce pouvoir] ça peut être très pratique, c'est vrai, mais quand on est face à une multitude de critères et à une multitude de possibilités, [...] c'est un peu vertigineux de fixer une peine. C'est... c'est pas facile.

On observe ici que l'étendue du pouvoir d'appréciation est reconnue, quoique celui-ci soit parfois apparu sous-utilisé pour *penser* la prise en compte des proches³¹¹. Son exercice est d'ailleurs associé à une *difficulté* par certain-e-s :

JUGE #20 : [...] si c'est obligatoire, c'est facile pour un juge. Il suffit de dire oui ou non, comme un ordinateur. C'est justement quand on a une marge d'appréciation que c'est plus difficile [...]. [...] [L]a fixation de la peine c'est un art assez subtil et une chose difficile. Et je pense que c'est vraiment la chose qu'on peut pas laisser à un ordinateur.

L'existence de facteurs nombreux et parfois difficiles à concilier rend la tâche complexe :

JUGE #13 : [pour fixer une peine] il y a le cadre légal et le cadre jurisprudentiel, et c'est très abondant, et c'est ex-tra-or-dinairement touffu. Si on doit s'en tenir scrupuleusement au cadre légal, c'est... une peine elle est inflexible en réalité, elle est très très difficile à fixer sous l'angle exclusif des critères légaux et jurisprudentiels. [...] [A]u fond on demande à un juge de faire plusieurs choses différentes dans le cadre de la fixation de la peine, et du coup c'est des choses qui sont parfois incompatibles entre elles.

On lit également en filigrane de cet extrait la prise en compte de facteurs se situant en dehors du cadre légal strict, ce dernier pouvant contribuer à rendre la détermination de la peine presque impraticable³¹². On voit ici à quel point la complexité que présente la tâche de déterminer une peine, soulignée également par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Lacasse* (2015)³¹³, est venue s'inviter dans les échanges. Au contact du thème des proches, les juges ont ressenti le besoin d'aborder plus largement les difficultés rencontrées dans l'exercice de cette tâche, et se sont connectés avec certains enjeux fondamentaux de leur profession. Penser aux effets des décisions pénales sur des êtres

³¹¹ Voir la section 5.4.1.

³¹² Dans le même sens voir Garcia et Dubé, qui remarquent que « [l]a conciliation des différents principes représente [...] un problème de taille » (2019, p. 549).

³¹³ Au par. 1 : « La détermination de la peine demeure l'une des étapes les plus délicates du processus de justice pénale et criminelle au Canada. »

humains *produit des effets* sur les juges, et a permis d'ouvrir un dialogue *humain* sur leur travail.

Plus particulièrement quant aux proches, plusieurs évoquent le caractère émotionnel de cet élément dans leur activité professionnelle. Par exemple, certain-e-s évoquent les enjeux juridiques mais également éthiques, et moraux, qui entourent la question de la prise en compte des effets sur les proches (**JUGE #5**). L'impuissance est également perceptible dans les données :

JUGE #2 : Évidemment que l'on se pose la question de savoir si on aurait pu faire autrement [face aux effets sur les proches], c'est évidemment des cas qui nous travaillent, mais on est aussi très démunis. On est aussi très démunis.

- **JUGE #3** : [E]st-ce qu'il y aurait des éléments qu'il faudrait peut-être inventer [...] pour faire autrement [avec les proches] ? [...]
- C'est difficile à dire. Moi [rire] j'ai toujours fait avec ce qu'on me donnait vous savez, [...] j'applique la loi quand on me demande de l'appliquer. Ce qui veut pas dire que j'ai pas parfois des cas de conscience... ou des décisions assez lourdes à prendre, dans un sens comme dans l'autre.

On voit ici des interrogations éthiques dans les propos des acteurs/trices ; on peut y percevoir un inconfort face à certaines décisions. Le dernier extrait, où des « cas de conscience » sont évoqués, résonne encore une fois avec les propos de Garcia qui décrit comment une relation *aliénée* au droit, « dans laquelle il est vécu et perçu par les acteurs en tant que cadre strict (carcan) [...] » (2020, p. 676), peut mener à prendre des décisions avec lesquelles les acteurs/trices ne se sentent pas à l'aise sur le plan des valeurs.

En tout cas, la question de la prise en compte des effets de la peine sur les proches intervient dans un contexte décisionnel déjà vécu comme difficile ; cette perception avait été remarqué ailleurs par Garcia et Dubé (2019), qui observaient dans les discours des juges la même expérience de complexité : « [l]a plupart des acteurs judiciaires reconnaissent d'entrée de jeu le caractère extrêmement complexe du processus

décisionnel devant être observé pour déterminer une peine juste » (p. 549)³¹⁴. Devoir penser aux effets de la décision sur les proches vient alors ajouter une couche de complexité à cette tâche.

Nous allons voir maintenant qu'à cela s'ajoute la perception, par les acteurs et actrices, de nombreux « risques » associés à la prise en compte des proches ; ceux-ci sont mobilisés pour expliquer la non-prise en considération des effets de la peine.

6.2.3.2 Des risques de considérer les effets de la peine sur les proches

Nous avons observé quatre risques perçus par les acteurs/trices en lien avec à la prise en compte des effets sur les proches dans le cadre de la détermination de la peine. Le premier des risques visible dans les points de vue des juges est le traitement différentiel entre personnes condamnées :

JUGE #15 : [...] je pense que je ne jugerais pas différemment une personne qui a une femme et des enfants qu'une personne qui est célibataire [...]. [...] [...] [J]e trouverais pas juste de traiter inégalement ces deux types de prévenu.

Dans cet extrait, l'utilisation du critère « effets de la peine sur les proches » est associée au risque de créer une « injustice » ; il menacerait également l'équité du processus de détermination de la peine :

JUGE #13 : [...] en termes d'équité, c'est-à-dire que pour deux actes commis de manière identique, [...] y a pas de raison de sanctionner moins celui qui aurait une famille que celui qui n'en pas. Ben le malheureux il a pas de famille, alors tant pis pour lui, il paie plus ? Ça a pas de sens non plus.

En un sens, l'équité viendrait neutraliser l'individualisation de la peine ; on observe à tout moins une tension entre ces différents principes dans les données :

JUGE #15 : La peine, elle est vraiment individualisée au prévenu. Donc on en tient compte [...] dans des contextes particuliers, mais ça créerait une inégalité

³¹⁴ À ce sujet voir également Vanhamme, qui remarque que « la tâche de juger est complexe, voire parfois déstabilisante, de sorte que le juge a recours à différentes heuristiques pour en réduire la difficulté. Sa grande charge de travail n'y est sans doute pas étrangère, ni le fait que les objectifs des peines édictés par le *Code criminel* sont vagues et sans hiérarchisation » (2013, p. 43).

de traitement de dire : celui qui est marié, qui a des enfants, il a une peine plus basse que celui qui n'en a pas, ce serait pas équitable, quelque part.

JUGE #4 : Faudrait-il [...] condamner plus lourdement [les personnes privées de toute famille] alors que la vie a déjà été cruelle [avec elles] ? Je n'en sais rien.

JUGE #10 : [...] si quelqu'un tue quelqu'un d'autre, le fait que je sois célibataire ou que j'aie un enfant en bas âge, est-ce que dans mon comportement [...] ça a une quelconque influence ? [...] [P]ourquoi sanctionner plus sévèrement le célibataire ?

Dans les deux derniers extraits, un élément frappe : l'éventuelle prise en compte des proches est associée à l'exercice d'une sévérité plus grande pour ceux et celles qui n'ont pas de proches. Elle n'est pas perçue comme une opportunité de faire preuve de modération dans des situations qui s'y prêteraient. Cette perception induit une dévalorisation de l'intégration des effets sur les proches dans l'équation de la peine ; on voit le mal qui peut être fait *en plus*, et non le mal *qu'on peut soustraire* :

JUGE #4 : Comme ça n'est pas un critère de fixation de la peine, nous n'avons pas ce facteur de discrimination disant : « Vous, vous n'avez pas de chance, vous n'avez pas d'enfants, pas de parents, pas de frères et sœurs donc on peut vous laisser plus longtemps en prison ». Alors que le co-prévenu qui a fait les mêmes infractions que vous, et qui a une maman qui va pleurer, et un frère qui sera stigmatisé, lui il aura une atténuation de la peine. Nous ne faisons pas cela. [...] Ça pourrait être un risque si on poussait cela à l'excès.

JUGE #13 : Je trouverais bien qu'on puisse en tenir compte [des proches] avec une limite toujours, [...] qui est au fond une forme d'égalité de traitement [...]. Parce que je trouverais qu'à infraction égale, vie égale, moins les enfants, y a pas de raison qu'une personne se voie enfermée de longues années pour le même acte, et qu'un autre ne le soit pas [...] parce qu'il a des enfants.

Ainsi, l'idée de *devoir se montrer sévère* domine, elle semble faire obstacle à celle de *pouvoir se montrer modéré* ; on retrouve ici l'héritage cognitif de la RPM, qui limite les possibilités d'intervention en survalorisant les mesures punitives. On voit par ailleurs que la prise en compte de l'existence des proches est perçue comme pouvant mener à de la discrimination entre personnes condamnées. Si cette perception peut s'avérer fondée

empiriquement³¹⁵, elle laisse dans l'angle mort deux éléments importants. D'abord, elle empêche de voir qu'une peine peut devenir discriminatoire *de par la situation personnelle différentielle* de la personne condamnée. Selon cette perspective, le droit criminel est représenté comme ne pouvant pas être discriminatoire ; il serait nécessairement « juste », malgré les disparités et discriminations sociales ayant pu mener au passage à l'acte, le principe d'égalité devant la loi réparant en quelques sortes les inégalités de fait. On retrouve dans cette perspective une conception volontairement *abstraite* et *atomiste* de l'individu et de l'infliction des peines, comme le remarque Hayes :

One essential feature of contemporary criminal justice is its mass scale, and the objective way in which it represents and characterises criminal offenders. [...] [M]odern criminal justice treats offenders as abstract actors shorn of their individual foibles and social context. This is intentional, and aims to ensure fair treatment of individuals and prevent corruption and discrimination, while also ensuring fidelity with wider values such as equality and respect for dignity. However, the result of narrowing down that context and shearing away that individuality is a loss of a basis to recognise human commonality with the offender, and to recognise the longer-term social impact of their punishment on them and those around them. (2019, p. 137, nous soulignons)

Comme il le décrit, sous couvert de respecter des valeurs garantistes du système, cette conception de la « peine juste » gomme l'individualité de chaque situation, et masque les *effets concrets* de l'intervention, qui deviennent alors invisibles. Pires et Landreville remarquent dans ce sens que « c'est justement là où le droit frappe le plus sauvagement, que l'on croit qu'il est le plus impartial » (1985, p. 103-104), qualifiant l'égalité dans le domaine du droit pénal de « mythe juridique », issu de l'idéologie dominante³¹⁶. Ensuite, autre élément « masqué » par cette représentation, le fait que l'harmonisation des peines demeure souvent un vœu pieux : comme le remarque Vanhamme, « les disparités de

³¹⁵ Voir l'étude danoise de Wandall (2008), qui a montré que ce risque de « profilage social » est bien réel, et qu'en l'absence de filet familial et social, une personne est plus susceptible de recevoir une peine de prison.

³¹⁶ Pires et Landreville (1985) décrivent cinq formes de l'inégalité juridico-pénale, c'est-à-dire cinq mécanismes *venant du système pénal* et étant susceptibles d'engendrer un effet discriminatoire : la discrimination législative et/ou jurisprudentielle ; la discrimination dans les critères juridico-idéologiques d'évaluation ; la discrimination culturelle ou idéologique ; la discrimination idéologique à l'égard des victimes d'infractions pénales ; la discrimination économique.

peine entre les tribunaux se constatent dans la plupart des systèmes pénaux occidentaux, que la directive d'harmonisation y ait été ou non explicitement formulée » (2013, p. 40).

Le deuxième risque associé à la prise en compte des effets de la peine sur les proches est la généralisation du non-recours à la prison pour les personnes ayant un/des enfant/s. Plusieurs actrices et acteurs se montrent inquiet-e-s à cet égard :

JUGE #8 : [Celui qui] plaide coupable puis que c'est un délinquant puis qu'il a des antécédents, il pourrait dire « si vous me mettez en prison je pourrai pas aider ma famille ». Ça risque d'être... ça pourrait devenir une formule passe-partout.

JUGE #20 : [...] [C]'est pas une assurance-vie contre la prison, d'avoir des enfants. [...] [S]i c'était ça la règle de droit, vous pouvez être sûre que tous les délinquants [...] auraient chacun cinq enfants dès leur arrivée ici pour échapper à une peine privative de liberté. Alors ça, ça me paraît évident.

JUGE #4 : C'est rare que j'aie des [personnes condamnées] qui n'ont aucune famille [...], donc si nous partons du principe que cela a un effet, ça aurait un effet sur tout le monde. Un effet d'atténuation de la peine, sauf sur les orphelins de père et mère.

Plutôt que de voir la prise en compte des proches comme une prise additionnelle à la limitation du recours à l'emprisonnement et à l'exercice de la modération³¹⁷, certain-e-s acteurs/trices perçoivent négativement sa capacité à agir comme un frein à l'usage de la prison ou à la valorisation des théories de la peine négatives. Comme le dit Pires, dans le contexte de la RPM, « c'est la peine afflictive qui prend une place dominante, et tout particulièrement la prison » (2001b, p. 182). On peut lire à l'envers de ces extraits une dévalorisation de la modération, qui offrirait un « passe-droit » pour commettre d'autres infractions :

JUGE #14 : [...] quand on juge des gens, on a des fois un peu l'impression que le fait d'être socialisé, d'avoir un travail, d'avoir des enfants, c'est un peu un passeport pour le crime. Les gens se disent : « je suis marié, j'ai des gamins, j'ai un travail, il va rien m'arriver ».

³¹⁷ Nous reviendrons sur ce point dans la section 6.3.

Ce point de vue rejoint les observations de Mégret, qui ajoute à cela le caractère *souhaité*, dans les théories classiques de la peine, des souffrances vécues par les personnes condamnées consécutivement à la séparation d'avec leurs proches :

[...] pour un rétributiviste, le fait de séparer le criminel de sa famille peut légitimement faire partie de la punition. Cette dureté serait toute voulue à l'endroit de l'accusé, abstraction faite de la manière dont elle affecte la famille, et participerait d'une pénibilité bien comprise de la peine. Pour un tenant plus utilitaire de la peine, le tort causé aux proches pourrait être justifié par l'avantage que l'on escompte de la punition du coupable, par exemple un effet de dissuasion spécifique supplémentaire (à l'inverse toute modération de la peine pourrait encourager à commettre des crimes). (2019, p. 244, nous soulignons)

Ainsi, une éventuelle *diminution de l'affliction* engendrée par la prise en considération des effets de la peine sur les proches est perçue négativement ; on observe ici encore un trait caractéristique de la RPM : la peine afflictive et l'exclusion sociale sont valorisées. Comme formulé par Christie, on voit la nécessité de sanctionner en *livrant intentionnellement de la douleur*³¹⁸ : « The penal system is there to hurt people, not to help or cure. And the pain is inflicted to further the interests of persons other than those brought to suffer » (1981, par. 4.5). L'idée exprimée dans le dernier extrait, à l'effet que cela ne « passerait pas », réfère à une entité autre que le destinataire juridique de la décision, envers laquelle une baisse de la souffrance ne pourrait pas être justifiée.

Le troisième risque visible dans les données est le suivant : certain-e-s acteurs/trices sont réticents à considérer l'existence des proches, au motif que celle-ci serait instrumentalisée par les personnes condamnées pour obtenir une peine plus clémentine :

JUGE #18 : [...] il faut [...] pas utiliser les enfants [...] pour un bénéfice X. [...] On doit s'assurer [...] qu'on puisse pas vouloir atténuer une peine en utilisant certains aspects [...]. Il faut vraiment voir le bien-fondé de ce qui est amené. Il faut que ce soit bien encadré.

JUGE #5 : On le voit. C'est commode [...]. Certains accusés instrumentalisent leurs proches. « Moi j'ai un enfant de deux ans ! Il va grandir sans voir son père ! » Oui mais... C'est sûr que c'est terrible pour des enfants de gens qui sont

³¹⁸ L'expression française est de Kaminski, qui traduit ainsi la notion de « pain delivery », dans sa traduction de *Limits to pain*, intitulée *Au bout de nos peines* (2005).

incarcérés. [...] [Mais] des fois, on peut sentir que c'est comme instrumentalisé, que la sincérité relativement aux proches est pas nécessairement là.

JUGE #8 : [...] les protections au criminel sont des protections pour l'enfant, pas [pour] permett[re] à l'accusé de tirer un avantage de cette situation-là.

Les acteurs/trices craignent ainsi un « usage » des proches, qui servirait les intérêts de la personne condamnée³¹⁹ ; leur prise en compte représenterait un *avantage* en lien avec la peine, dont il serait inadéquat de pouvoir tirer profit. Les acteurs/trices évoquent dans le même sens le besoin de sentir le caractère authentique et sincère de la relation entre la personne condamnée et ses proches (**JUGE #2** ; **JUGE #8**). Or, si les acteurs/trices se méfient de l'instrumentalisation des proches par les personnes condamnées, les données montrent qu'une autre forme d'instrumentalisation des proches demeure dans l'ombre : celle exercée par le système pénal. L'étude menée par Lehalle auprès de proches avait décrite celle-ci :

[...] le système pénal choisit parfois de s'intéresser aux proches dans une logique utilitaire où ils sont impliqués, parfois contre leur gré dans le processus pénal. À diverses étapes allant de l'arrestation à la libération, les acteurs pénaux vont, en effet, évaluer et prendre en compte dans leurs décisions la qualité de leur relation avec la personne détenue et les ressources qu'ils peuvent (ou non) mobiliser en sa faveur en termes d'emploi, de logement et de surveillance. (2019a, p. 226, nous soulignons)

Nous avons parfois observé une logique apparentée à celle-ci dans nos données : dans le contexte de la détermination de la peine, les relations entretenues par la personne condamnée avec ses proches sont mobilisées par les acteurs/trices en lien avec la réalisation de missions pénales. Par exemple, l'évaluation des risques de récidive ou encore de la capacité à se réinsérer s'articule partiellement en considérant ces relations³²⁰. Cette forme d'instrumentalisation des proches, et de leurs relations avec la

³¹⁹ Ce résultat peut être mis en dialogue avec les constats de Knudsen (2019), qui décrit comment les prisons présentent les enfants des personnes incarcérées comme des instruments de leurs parents.

³²⁰ Voir les sections 4.3.2.2 et 6.2.1.

personne condamnée, demeure dans l'angle mort des actrices et acteurs : seule la personne condamnée est perçue comme pouvant instrumentaliser ses proches³²¹.

Enfin, le quatrième et dernier « risque » que nous avons pu observer dans les points de vue des juges, en lien avec la prise en compte des effets de la peine sur les proches, est lié au droit positif : certain-e-s acteurs/trices ne voient pas de prise légale permettant d'intégrer cet élément dans le processus décisionnel :

JUGE #5 : [...] pour l'instant, dans le droit là, c'est absolument pas un facteur. [...] Il faut que ça s'accompagne d'une porte dans le droit pour nous permettre de le considérer. Au niveau philosophique, j'ai pas de difficulté avec ça. Au niveau politique judiciaire, j'ai pas en soi de difficulté avec ça. Mais pour l'instant, il y a pas beaucoup de place pour [ça]. [...]

[...] Il y a rien de structuré. Il y a rien dans la loi, là, qui parle spécifiquement des conséquences des proches.

JUGE #9 : L'implication de la peine pour [les proches] [...]... [J]e vais parler pour moi encore, puis vous me le faites réaliser en me posant la question, on a ça derrière la tête, mais on est pas... Il y a pas d'endroit dans le processus de détermination de la peine prévue au *Code criminel* où on peut vraiment l'accrocher en le motivant ouvertement.

Ici, ne sachant à quoi la raccrocher juridiquement parlant, l'acteur/trice vit l'application de ce critère comme étant incompatible avec son obligation de motiver la peine. Insistons sur le fait qu'il s'agit d'une perception des acteurs/trices, et qu'elle n'est pas partagée par tous :

JUGE #7 : [...] il n'y aurait rien d'inconvenant à ce qu'un juge dise que dans le cas dont il est saisi, les conséquences [...] sur la famille sont un facteur qui fait partie de l'équation de la pondération qui l'amène à accorder une importance accrue au principe de modération pour refuser l'emprisonnement. Ça c'est possible actuellement. Il n'y a rien qui l'empêche.

³²¹ Derrière cette représentation, on retrouve encore l'idée que les torts viennent uniquement de la personne condamnée, et non du système ; voir la section 5.1. Voir également la section 4.3.2, où nous observions l'inconfort expérimenté par certain-e-s juges en audience, lorsqu'un sentiment d'instrumentalisation par des proches était ressenti.

Ici, on voit que le principe de modération est susceptible de jouer un rôle crucial dans une meilleure prise en compte des conséquences d'une peine lors de sa détermination³²². On retrouve un point de vue similaire dans la doctrine : pour certain-e-s, la prise en considération des effets sur les proches est autorisée, voire enjointe par la loi. Kerr, dans le contexte canadien, estime par exemple que

[...] the collateral consequences and impacts of imprisonment are broadly relevant. [...] If imprisonment means a defendant's child will be placed in foster care [...] that is the kind of circumstance that Canadian law directs judges to consider. Whether these issues are invariably or adequately argued by defence counsel and considered by judges is another question. The point here is that the law allows it, even calls for it. (2020, p. 251-252, nous soulignons)

Cette prise en compte peut être rattachée, en droit canadien, à l'application des alinéas 718.2 d) et e) C.cr., qui posent une obligation générale d'examiner les sanctions substitutives à l'emprisonnement³²³. En Suisse, l'article 41 CP exprime l'idée que la privation de liberté est subsidiaire à la peine pécuniaire. Or, une chose frappe dans le matériel empirique : ces dispositions, qui matérialisent dans le droit respectivement le principe de modération des peines et celui de la sanction la moins incisive, sont peu mobilisées par les actrices et acteurs pour réfléchir à la prise en considération des effets de la peine sur les proches. C'est comme si elles n'étaient pas *perçues comme justifiant juridiquement* d'y accorder de l'importance³²⁴.

Pour conclure, cette section relative au troisième obstacle cognitif à la prise en compte des effets sur les proches a montré que celle-ci est fortement représentée comme étant un « risque », dans le contexte de la détermination de la peine. Le fait d'inclure les effets concrets de la décision pénale dans le raisonnement apparaît est perçu avec une forme de méfiance par les acteurs/trices. Si les motifs soutenant cette méfiance ne sont pas

³²² Nous terminerons ce chapitre en approfondissant ce point, voir la section 6.3.

³²³ Ces articles ont été intégrés au *Code criminel* en 1996, lors de la réforme de la détermination de la peine. Face au constat d'un usage excessif de l'emprisonnement, la modération des peines et la limitation du recours à la prison ont été placés au cœur de cette réforme (voir Desrosiers, 2017 ; Garcia et Dubé, 2017b). Millar et Dandurand (2018), qui ont étudié la jurisprudence relative à la prise en compte des enfants mineur-e-s dans le contexte de la détermination de la peine au Canada, constatent que celle-ci n'est pas formalisée expressément dans la loi ; si les tribunaux n'examinent pas cet élément de manière systématique, Millar et Dandurand observent que lorsqu'il est considéré, ces dispositions du *Code criminel* sont mobilisées.

³²⁴ Nous y reviendrons dans la section 6.3.

dénués de fondements, il importe toutefois de mettre en évidence ce que cette perception laisse dans l'ombre : le fait que l'inclusion de ces effets dans le raisonnement sur la peine pourrait constituer une « opportunité » pour le système de droit criminel³²⁵. De plus, l'analyse montre que cette représentation a des conséquences d'envergure : si la prise en compte des effets de la peine est un « risque » pour le système, alors, lorsqu'elle intervient, elle est susceptible d'être invisibilisée, comme nous le verrons maintenant.

6.2.4 La prise en considération des effets de la peine sur les proches : une opération silencieuse

[...] judges are obliged to make the law fit.

DAVID PACIOCCO (2015)

Malgré les nombreuses rationalités qui invitent, voire contraignent les acteurs/trices à ne pas prendre en compte les effets des peines sur les proches, nous avons vu que ces effets sont parfois considérés dans le contexte du choix de la peine ; des situations spécifiques de prise en compte sont apparues dans les données³²⁶. Par ailleurs, à la lumière du matériel empirique, on observe que plusieurs disent *pratiquer* cette prise en compte :

JUGE #7 : L'absence d'un article [sur la prise en compte des effets sur les proches] n'empêche pas les juges de se poser cette question-là. Il n'y a pas un juge normalement constitué qui ne va pas se poser cette question-là.

JUGE #9 : Je vois pas comment je pourrais le justifier [de prendre en compte les implications pour les proches]. Mais je l'ai fait. Puis, je soupçonne que dans des circonstances particulières, beaucoup de juges le font aussi.

Dans ce dernier extrait, on voit que même si la prise en compte des proches n'est pas perçue comme *formellement possible* lors de la détermination de la peine, *elle existe. Elle a concrètement lieu*, ce qui confirme ce que nous affirmions au tout début de ce chapitre : les effets de la peine sur les proches font partie des « critères moins visibles et moins

³²⁵ Nous le verrons dans la section 6.3.3.

³²⁶ Voir la section 6.1.

officiels mobilisés[par les acteurs et actrices judiciaires] pour choisir la peine juste et adéquate » (Garcia et Dubé, 2017a, p. 7). Ainsi, dans un contexte cognitif saturé de valeurs négatives et afflictives, et ayant tendance à être obnubilé par l'infraction et le *mal-de-crime* qui justifie le *mal-de-peine-criminelle*³²⁷, les actrices et acteurs parviennent toutefois à intégrer des préoccupations pour des éléments *extérieurs à l'acte et à la personne condamnée*, et à mettre de côté les pressions exercées par le système en direction de l'atomisme et de l'abstraction de l'intervention. Nos observations empiriques montrent ainsi que les effets de la peine sur les proches sont parfois intégrés cognitivement au raisonnement des juges.

Toutefois, l'analyse montre que la kyrielle de rationalités invitant les juges à *ne pas prendre en compte* ces effets, parce que trop risqué, parce que trop complexe, entrave la visibilisation de l'usage de ce critère : la prise en compte de ces effets intervient parfois de manière « dissimulée », silencieuse, non explicitée dans les communications du système :

JUGE #7 : [...] si le délinquant est soutien de famille, [...] [s]'il est emprisonné et il perd son emploi et ça a des conséquences sur des enfants en bas âge [...], [c]ette preuve est pertinente, mais je ne connais pas beaucoup de dossiers où on l'a revu comme étant un élément déterminant, à tout le moins dans le discours judiciaire que représente la décision ou le jugement. [...] [J]e n'ai juste pas l'impression que c'est un facteur qui, au plan de la rhétorique judiciaire, dans les jugements et les décisions, est souligné tant que ça. [...]. Dans la motivation des jugements [...]. (nous soulignons)

Si la preuve des conséquences d'un emprisonnement sur les enfants est décrite comme étant pertinente, on voit que sa prise en compte semble être maintenue à l'extérieur du droit ; prendre en compte ces effets, c'est se situer « en dehors du processus » :

JUGE #9 : Alors, quand arrivent des facteurs qui interfèrent dans le processus puis que le processus prévoit pas... Parce que c'est de ça dont on parle finalement. Actuellement, le processus le permet pas. Comment chacun des juges se positionne par rapport à ça ? Bien c'est difficile à dire parce que c'est pas prévu, c'est pas balisé. Moi, j'avoue que j'en ai déjà tenu compte des conséquences sur les enfants. D'autres fois, j'en ai pas tenu compte. Puis... J'ai

³²⁷ Cette appellation est employée par Pires (2008d), qui s'inspire de Gesché, pour décrire l'idée forte de la théorie rétributiviste kantienne à l'effet qu'il faille « payer le mal par le mal ».

jamais expliqué en quoi, où que ça se raccrochait dans le processus. (nous soulignons)

Deux mots interpellent dans ce dernier extrait. D'abord, le mot « interfèrent » : on voit ici que lorsque les proches font irruption dans la rationalité atomiste du système, leur visibilité déstabilise, parce qu'elle est – à ce jour – *imprévue par le système*, qui refuse de considérer les liens sociaux concrets dans la détermination de la peine (Pires, 2001b). Ce constat rejoint l'analyse de Knudsen : « l'existence des enfants de détenus perturb[e] l'idéologie politique punitive : le maintien de leur invisibilité sert donc à minimiser les perturbations » (2019, p. 178). Nos données témoignent de cette perturbation créée par la présence de certains proches : lorsque leur existence est reconnue et considérée par les acteurs/trices, elle induit un questionnement sur *la position à adopter* face à cet élément perturbateur, qui vient irriter la logique individuelle du système, et face auquel la loi ne fournit pas de balise.

Ensuite, le mot « avouer », qui est particulièrement lourd de sens en droit criminel : ce sont en général, dans ce domaine, les « criminel-le-s » qui avouent. Or, ici, ce-tte juge exprime une forme de culpabilité associée à la prise en compte des conséquences de sa décision (en l'occurrence sur des enfants)³²⁸. Ce critère est perçu comme situé dans une zone grise de la détermination de la peine, en dehors des facteurs légaux :

JUGE #9 : C'est très gélatineux tout ça, parce que c'est pas conceptualisé. J'ai plus de facilité à vous expliquer comment on travaille avec les concepts qui sont codifiés que comment des concepts non codifiés peuvent nous influencer subjectivement.

JUGE # 1 : [dans la situation personnelle de l'auteur,] quand bien même c'est pas un critère « peine », au sens légal de ce que le juge est amené à prendre en considération, c'est un peu indéniable que le fait qu'un auteur soit marié, et père, par exemple le seul soutien de sa famille, n'est pas totalement passé sous silence, dans le cadre d'une délibération. (nous soulignons)

L'existence des proches n'est pas « totalement passée sous silence », mais elle n'est pas non plus regardée en face : toujours non formalisé, le critère des effets sur les proches a

³²⁸ Voir dans le même sens Kaminski (2015), qui observe une forme de culpabilité des juges quant à l'acte consistant à condamner.

ici des allures de « demi-critère ». Ces propos sont intéressants à analyser à partir de la perspective offerte par la théorie des systèmes sociaux de Luhmann, sur laquelle s'appuie la théorie de la rationalité pénale moderne : comme le décrivent Carrier et Piché,

[...] cette perspective observe le droit comme étant, d'abord et avant tout, préoccupé par la validité de ses opérations juridiques [...]. Les systèmes de droit criminel affirment la légitimité ou le caractère juste de toute décision (une sentence d'incarcération par exemple) quand elle est (juridiquement) observée comme juridiquement valide, alors que la question de savoir si cette décision rencontre les objectifs des principes pénologiques qu'elle évoque (la réhabilitation, par exemple) est ou bien secondaire, ou bien satisfaite par de simples suppositions. (2015, note 4)

Ainsi, dans un système où la validité juridique des décisions est centrale, ce qui *compte pour le système*, c'est que la décision apparaisse *valide*, juridiquement parlant ; à ce propos, Mayeda (2016) parle également d'une « trame convaincante », élaborée par les juges autour de la loi à l'attention des lecteurs/trices de la décision³²⁹. Les *effets concrets* de la décision, quant à eux, apparaissent soit inintéressants, soit marginaux sur le plan de l'argumentation juridique : il semble qu'ils éprouvent de la difficulté à « convaincre » dans la trame narrative de la décision pénale. On retrouve ici les constats posés par Pires sur les théories de la peine dans la RPM et sur leur *atomisme* : dans ce contexte cognitif, les *effets concrets* des décisions pénales sur les liens sociaux deviennent accessoires. Ce qui importe, c'est de *dire* – par exemple – que la décision *dissuadera* la personne condamnée de commettre d'autres infractions, de *dire* que la décision *protégera la Société* ; la réalisation concrète de ces éléments dans la « vraie vie » est secondaire face à l'importance de les affirmer :

Le droit ne formule pas d'hypothèses dans le but de les tester dans le monde de la « vraie vie ». Il opère à partir de son propre code, de ses propres attentes normatives, de ses propres programmes, de ses propres théories, de ses propres auto-descriptions et représentations de la réalité et il opère ainsi non

³²⁹ Si la loi est susceptible de restreindre les narratifs possibles pour les juges, ces narratifs sont également en mesure d'« élargir » l'interprétation législative, comme le remarque Mayeda : « While legal arguments support or are supported by particular narratives, the law also limits the narratives judges can choose to frame facts and the rhetoric they can invoke to persuade readers. It follows from the association of different kinds of narratives with different kinds of legal arguments that if judges were conscious about the narratives that each kind of legal argument supports, they can choose the law in accordance with a narrative that fits the case before them in order to convince the reader that a particular outcome is legally justifiable » (2016, p. 212)

pas dans l'optique de pouvoir prendre des décisions vraies, mais bien dans l'optique de pouvoir prendre des décisions légales, les seules qui lui paraissent juridiquement légitimes. L'erreur ne se conçoit donc pas en référence au vrai et au faux, mais bien en référence au légal et à l'illégal. (Garcia, 2015b, p. 111)

Face à l'importance accrue de la validité juridique des décisions, le critère des effets de la peine sur les proches, quoiqu'il soit *concrètement mobilisé* par les acteurs et actrices dans le processus décisionnel, peut demeurer souterrain. Les données tendent à montrer que parfois, son usage est tu :

JUGE # 7 : Spontanément, sur votre sujet, [...] je suis incapable... de vous donner le nom d'une décision de principe que la Cour suprême ou d'un tribunal d'appel [...]. C'est-à-dire... les conséquences sur les membres de la famille qui auraient fait l'objet d'une discussion qui dépasse quatre paragraphes. [M]ême qui dépasse un paragraphe [...]. Souvent, ce sont comme des commentaires à la dérobée où essentiellement, sauf des cas très typés, c'est sans importance.

Pour reprendre les mots de l'acteur/trice cité précédemment, les concepts « codifiés » sont visibilisés dans les décisions judiciaires ; les autres, qui *ont aussi une influence*, sont eux invisibilisés. Dans le même sens, un-e avocat-e évoque aussi l'absence des éléments relatifs aux effets de la peine sur les proches dans les jugements :

AVOCAT-E #3 : [...] ça fait dix ans que j'exerce, [...] jamais on a repris un seul des éléments que j'ai plaidés [en lien avec les proches]. Je n'ai jamais vu dans un jugement qu'on rappelait [ces éléments-là]. (nous soulignons)

On observe ainsi une forme de *gêne* face à l'intégration des effets sur les proches dans le processus décisionnel, qui est parfois reconnue à demi-mots :

- **JUGE #17 :** Pour vous, dans votre expérience, vous mettez [les effets sur les proches] dans la marmite ?
- Bien, parfois. Je vais être honnête avec vous. Lorsqu'on attire mon attention sur ces questions-là, oui. Oui, j'y pense. J'y pense.

La gêne observée résonne avec les constats de Garcia que nous avons précédemment évoqués, en décrivant le « malaise » des acteurs/trices en lien avec l'expulsion judiciaire, qui en arrivent à « [...] accepter de trouver de bonnes raisons *juridiques* pour appuyer de mauvaises décisions sur le plan éthique ou social et même parfois psychologique » (2020, p. 653, emphase de l'autrice). La position des acteurs/trices qui disent prendre en compte

les proches apparaît similaire, mais « à l'envers » : quoique cela leur apparaisse plus juste sur le plan éthique ou social, ils/elles semblent mal à l'aise d'en tenir compte, ne parvenant pas à trouver de « bonnes raisons juridiques » pour justifier des décisions. L'un-e d'eux/elles poursuit :

JUGE #9 : [S]i on prend les articles [et les principes du *Code criminel* sur] la détermination de la peine, [...] je vois pas d'endroit où on pourrait loger cette préoccupation-là. Où on pourrait dire « j'ajuste la peine dans tel sens ou je configure la peine dans tel sens parce qu'elle risque d'avoir une incidence démesurée sur la famille ou sur les proches ». Puis pourtant, je l'ai fait. Je l'ai fait. Il y a bien des cas dans lesquels... Je l'ai fait, mais je l'ai certainement pas motivé. Puis j'aurais certainement eu de la difficulté à le motiver si j'avais voulu le motiver. Motiver, ça veut dire, pour moi, trouver un fondement juridique ou un principe auquel accrocher ça. (nous soulignons)

Le « gommage » de l'intégration des effets sur les proches dans le raisonnement semble ainsi lié – à tout le moins partiellement – à la représentation voulant que celle-ci serait illégitime d'un point de vue juridique ; il permettrait d'éviter qu'une décision apparaisse *injuste*. Comme le dit le juge David Paciocco, « when given the choice within the rule of laws, judges will tend to embrace techniques in defining or applying the law that remove or reduce perceived unfairness » (2015, p. 202). Dans un contexte cognitif où aucune théorie ne permet de valoriser et justifier une intervention qui soit soucieuse de ses effets sur les liens sociaux (Garcia et Dubé, 2017b), les acteurs/trices ne parviennent pas à *justifier* l'usage du critère « effets de la peine sur les proches ».

À la lumière du matériel empirique, on peut dire que ce critère existe, qu'il est mobilisé dans le contexte du raisonnement sur la peine, mais que son emploi n'est, d'après les juges, pas toujours *verbalisé*. Ainsi, si les proches sont invisibles dans le cadre légal de la détermination de la peine, leur éventuelle prise en considération l'est tout autant dans les narratifs des décisions sur la peine : absente des motifs des jugements, elle opère souvent en silence, *invisibilisée* – volontairement ou non – par les actrices et acteurs.

6.3 D'un pouvoir enfoui à un pouvoir modérateur : reconnecter la peine avec ses effets

6.3.1 L'hypothèse de départ face aux résultats de la recherche

Nous avons mis au cœur de ce dernier chapitre d'analyse les rationalités de prise en compte des effets de la peine sur les proches au moment de la détermination de la peine. Rappelons l'hypothèse qui a guidé l'observation, que nous avons construite à partir des travaux sur la théorie de la RPM, et que nous avons formulée ainsi :

L'atomisme caractéristique des théories de la peine fonctionne comme un mécanisme de neutralisation (i) quant à la visibilité des proches et des effets potentiellement néfastes de la peine sur ces personnes et sur la préservation des liens sociaux et (ii) **quant à la possibilité, même quand ils sont visibles, de leur prise en considération substantielle lors du choix de la peine.** Dans un cas comme dans l'autre, **le système de droit criminel qui communique la peine doit, et va, s'appuyer sur des idées qui l'empêchent de voir ce qu'il est en train de faire, eu égard aux proches et à la préservation des liens sociaux des personnes condamnées.**

Nous pouvons maintenant mettre la deuxième partie de cette hypothèse en perspective avec les résultats de la recherche. Au début de ce chapitre, nous avons observé que face aux effets envisagés de la peine sur les proches, les acteurs et actrices vont parfois s'auto-limiter dans la punitivité, et mobiliser une rationalité qui vise activement à *préserver concrètement les liens sociaux*³³⁰. Cette observation permet **d'infirmer partiellement l'hypothèse** que nous avons formulée : nous pouvons dire à la lumière du matériel empirique que dans certaines situations, **lorsque les effets potentiellement néfastes de la peine sur les proches et sur la préservation des liens sociaux sont visibles, les juges vont les prendre en considération lors du choix de la peine.** Cette rationalité s'écarte des idées dominantes des théories de la peine du système de droit criminel, qui

³³⁰ Voir la section 6.1, où nous avons décrit deux situations qui déclenchent plus particulièrement une telle rationalité.

ont tendance à survaloriser les peines qui entraînent l'exclusion sociale (Garcia, 2013), et à n'accorder qu'une place accessoire aux liens sociaux concrets (Pires, 2001b).

Notre analyse a ainsi montré que si ces théories indiquent aux acteurs/trices « les possibilités admissibles ou valorisées en matière de sanction et les possibilités non admissibles ou non valorisées » (Garcia, 2013, p. 46), l'atomisme qui les caractérise a tendance à se fissurer au contact des effets de la peine sur les proches : si la préservation des liens sociaux n'est pas *valorisée* par ces théories, les données indiquent que dans certaines circonstances, les acteurs et actrices parviennent à s'extraire de cette idée, à valoriser cette préservation et à *agir* en ce sens, par exemple en choisissant des peines non-carcérales. Les résultats de la recherche montrent que les effets de la peine sur les proches font partie des critères mobilisés par les acteurs et actrices judiciaires pour choisir la peine, quoique ce critère demeure moins visible et moins officiel que d'autres (voir Garcia et Dubé, 2017a). Nous pouvons ici parler de *pratiques alternatives*, dans le sens qu'elles s'écartent de la rationalité dominante.

En parallèle de ce résultat, l'analyse a toutefois révélé que si cette « brèche » dans les idées dominantes existe bel et bien, elle demeure limitée ; sur ce point, nos observations **rejoignent l'hypothèse : le système de droit criminel qui communique la peine s'appuie sur des idées qui l'empêchent de voir ce qu'il est en train de faire, eu égard aux proches et à la préservation des liens sociaux des personnes condamnées.** En effet, à l'appui du matériel empirique nous avons observé que la prise en considération du critère « effets de la peine sur les proches » est freinée, voire empêchée par plusieurs obstacles ; nous synthétiserons brièvement ces obstacles.

D'abord, les données indiquent que le caractère *atomiste* de la peine dans la rationalité pénale moderne influence la prise en compte des effets de la peine sur proches ; il est très présent dans les rationalités observées. La centralité de l'acte et de la personne condamnée entrave les possibilités de voir et de considérer ses liens sociaux, ainsi que les tiers atteints par l'intervention.

Ensuite, l'analyse montre que la *vision identitaire* du système de droit criminel, qui s'auto-décrit comme un système tourné vers le monde public et les intérêts de l'État (Pires, 2008a), s'actualise dans les perceptions des actrices et acteurs, ce qui limite l'intégration des proches dans le raisonnement sur la peine : leurs difficultés seraient en quelque sorte « indépendantes » de la peine, et leur prise en considération dépasserait d'une part les compétences des acteurs/trices, et d'autre part la fonction centrale du droit criminel, soit la protection de la Société ; face aux missions que se donne le système pénal, la question des effets de l'intervention sur les proches apparaît « hors sujet ».

S'ajoute à ces barrières systémiques une méfiance face à ce critère : certain-e-s acteurs/trices ont tendance à concentrer leur attention sur *les risques* représentés par son usage (l'inégalité de traitement, la généralisation du non-recours à la prison pour les personnes ayant un/des enfant/s, l'instrumentalisation des proches, l'absence de prise légale). Dans un contexte décisionnel déjà vécu comme étant hautement complexe par les juges, la prise en compte des effets sur les proches est représentée comme un *supplément de complexité*. Faire entrer l'entourage des personnes condamnées dans l'équation des peines, dans un système de pensée qui dévalorise cet aspect dans ses fondements, relève dans ce contexte d'une gageure.

Enfin, nous avons observé que lorsque les effets de la peine sur les proches entrent dans l'équation de la peine, cet élément n'est pas toujours visibilisé, comme si la décision sur la peine devait maintenir une *apparence d'atomisme* : ne pas considérer ouvertement les liens sociaux de la personne condamnée, sauf de manière accessoire (Pires, 2001b).

Ces résultats permettent ainsi de nuancer l'hypothèse de départ, et de formuler un constat fondamental : le « pouvoir » des proches de connecter la peine avec ses effets, et de soutenir substantiellement une préservation des liens sociaux et une *modération de la peine*, est **majeur**. Il s'est manifesté sans équivoque dans le matériel empirique. Toutefois, ce « pouvoir » s'avère *étouffé* par la logique interne du système, qui, rappelons-le, indique dans ses structures-mêmes de ne pas s'attarder aux coûts sociaux qu'il pourrait engendrer (voir Pires, 2001a). Cette « injonction », nous l'avons vu, est susceptible de pousser les acteurs/trices à *invisibiliser* l'usage du critère « effets de la

peine sur les proches » ; elle conduit également à *neutraliser* les élans dirigés vers son usage, jugé parfois illégal, illégitime, et *risqué* pour le système. Ainsi, pour clore ce chapitre, nous aimerions maintenant proposer une réflexion sur l'*opportunité* que pourrait représenter la *visibilisation* de l'usage de ce critère pour l'intervention pénale, en montrant l'envers de sa dissimulation ; si ce critère est susceptible de contribuer à renouveler nos manières de penser l'intervention pénale d'une manière plus soucieuse de ses effets concrets, sa capacité à le faire s'avère, pour l'instant, paralysée.

6.3.2 Les effets sur les proches et la modération de la peine : une rencontre manquée ?

Nous venons de voir que si le critère « effets de la peine sur les proches » est susceptible d'exercer une influence *modératrice* sur la décision, afin de préserver les liens sociaux qui lient la personne condamnée à ses proches, cette influence s'avère parfois souterraine : à la lumière des données, on voit apparaître un faisceau d'éléments qui semble pousser les acteurs/rices à ne pas systématiquement expliciter l'usage de ce critère dans leurs décisions. De plus, les juges ne perçoivent pas toujours d'espace sentenciel ou d'assise juridique *possible* pour intégrer ce critère dans la détermination de la peine ; les acteurs/trices l'utilisent alors d'une manière qui permet de préserver, à leurs yeux, la *validité juridique* de leur décision³³¹. On peut comparer ce constat à celui posé par Wandall dans sa recherche sur la construction des décisions sur la peine : « court decision-making is organized to allow the sentencing decision-making to be open to other structures than its formal legal framework, while at the same time keeping the sentencing within the boundaries of law and legal validity » (2008, p. 3).

Le critère « effets de la peine sur les proches » n'est généralement pas perçu comme étant issu du « cadre légal formel » de la détermination de la peine, comme le nomme Wandall ; s'il est employé, il n'est pas toujours explicité. À ce propos, les données indiquent que les juges mobilisent certaines stratégies pour le prendre en considération

³³¹ Par exemple, les juges vont se servir de la latitude offerte par les « zones frontières » issues du cadre légal de la détermination de la peine pour prendre en compte l'existence des proches, et préserver leurs liens sociaux avec la personne condamnée en optant pour une peine non carcérale ; voir la section 6.1.1.

dans les *interstices* laissés ouverts par la loi, tout en maintenant leurs décisions dans les frontières dictées par le respect de la « validité juridique » exigée par le système de droit criminel. Autrement dit, ce n'est pas *le critère en tant que tel* qui apparaît problématique : c'est sa *perception* par les acteurs/rices qui l'est (ce critère serait « hors la loi », représenterait un « risque », etc.).

Ainsi, une chose surprend particulièrement dans le matériel empirique : si des valeurs positives et garantistes, telle que l'inclusion sociale, sont *concrètement actualisées* durant le processus décisionnel, et valorisées par les acteurs/trices pour penser la peine juste et adéquate, leur propos tendent à montrer que cette valorisation n'est pas *formalisée*. L'analyse montre que certains principes et outils existants dans le droit, qui sont susceptibles de soutenir juridiquement l'intégration des effets de la peine sur les proches dans la détermination de la peine, n'occupent qu'une place très marginale dans les points de vue recueillis : nous pensons ici en particulier aux principes d'*ultima ratio* et de modération de la peine³³². Ces principes représentent pourtant des supports cognitifs positifs et garantistes du droit pénal (voir Pires, 2001a), qui peuvent être utilisés lors de la détermination de la peine afin de limiter la sévérité de la sanction. Quant au principe d'*ultima ratio*, Pires explique qu'il peut être, « d'un point de vue juridique, un principe-moteur de garanties positives et d'autocontrôle interne du droit criminel » (2001a, p. 150). Quant au concept de modération, Kaminski estime que son

[...] opérationnalisation [...] est simple : 1) on ne doit recourir au droit pénal que lorsque d'autres moyens d'intervention sociale sont inadéquats ou inappropriés ; 2) la mesure pénale choisie doit être la moins restrictive ; 3) les mesures privatives de liberté doivent être utilisées en dernier recours. (2007, p. 94)

Si l'opérationnalisation de la modération est certes « simple », dans le contexte cognitif qui caractérise la pénalité moderne son actualisation s'avère extrêmement compliquée, comme l'explique Pires :

³³² Au Canada, si le principe de la modération ne figure pas expressément dans le *Code criminel*, Jodouin et Sylvestre estiment que les « [...] paragraphes (c), (d) et (e) [de l'article 718.2] pourraient toutefois s'en réclamer » (2009, p. 529).

Par l'agencement d'une série d'arguments sur la punition, le savoir philosophique et juridique a créé un nœud gordien tenace autour de l'obligation de punir à l'époque des Lumières [...]. [...] Ce savoir nous a légué, un peu malgré lui, une « raison punitive » qui ne réussit pas à - et qui *ne veut pas* - se faire valoir clairement comme une « doctrine de la non-sévérité ». (2008c, p. 249, emphase de l'auteur)

Au Canada, la réforme de la détermination de la peine intervenue en 1996 visait à réduire le recours à l'incarcération ; dans les amendements de la partie XXIII du *Code criminel*, Doob remarque que « les dispositions ayant symboliquement le plus d'importance en matière de peine sont celles qui préconisent explicitement la modération en matière de recours à l'incarcération » (2012, par. 42).

Desrosiers (2017), constatant l'échec de cette réforme, s'est intéressée à la réception du principe de modération depuis celle-ci ; elle remarque alors que les tribunaux ont tendance à « contourner le principe de la modération » (2017, p. 315). Elle rejoint Pires (notamment 2001b ; 2008c), en estimant que les racines de cette mise en sourdine du principe se trouvent dans l'attraction forte générée par l'idée voulant que la prison soit la meilleure peine pour dissuader de commettre des infractions et pour dénoncer le « crime ». S'appuyant sur des centaines de décisions de la Cour suprême et des tribunaux du Québec, Desrosiers observe que « [...] le principe de la modération [...] demeure dans l'angle mort et ne fait à toutes fins utiles l'objet d'aucune discussion devant les tribunaux » (2017, p. 315) ; dans la jurisprudence, il est marginalisé et sa portée en est considérablement réduite.

Or, les données que nous avons récoltées permettent de renforcer ces constats à partir du point de vue des juges rencontré-e-s : nous avons cartographié dans le matériel empirique l'emploi des principes de la modération de la peine et de l'*ultima ratio*, pour tenter de comprendre si ces supports cognitifs étaient utilisés pour penser la thématique des proches. Pour le principe de la modération, sur un total de 25 participant-e-s aux entretiens, un-e seul-e-s a *mentionné spontanément cette notion* durant les échanges, sans y être invité-e-s par nos soins. Le principe de la modération est alors rattaché avant tout à la prise en considération de la situation professionnelle de la personne condamnée, et non à sa situation familiale :

JUGE #7 : Si j'emprisonne quelqu'un qui a un emploi, [...] le principe de la modération va favoriser une peine qui ne prive pas de liberté pour permettre que l'emploi se continue, mais le côté affectif... La détermination de la peine, ce n'est pas un droit très sentimental. [...] [J]e ne le dis pas par insensibilité, mais... [...] On essaie de développer ou d'appliquer une grille d'analyse qu'on souhaite objective. Puis les préoccupations émotives ou émotionnelles pour les gens qui sont en lien avec le délinquant... (nous soulignons)

Ici, la situation d'emploi est perçue comme un facteur objectif ; les relations affectives sont quant à elles associées aux émotions, et à la subjectivité, ce qui invite à les maintenir en dehors du raisonnement. On voit combien le facteur « humain » à de la difficulté à rentrer dans la détermination de la peine, et à justifier la modération de la peine, tout comme dans cet extrait :

JUGE #1 : [...] [cette mère] redoutait le fait qu[e son fils] soit enfermé pendant des années et des années, ayant peut-être, je sais pas, la crainte de plus le voir pendant un certain temps. Mais je pense que c'est un peu hors fixation de la peine. C'est plus de... de l'humain.

Cet extrait est probablement le plus à même d'illustrer, au sein du matériel récolté, comment la perspective atomiste de la peine dans la RPM *empêche* de considérer la peine comme s'inscrivant dans une relation, d'une personne à une autre personne.

Outre cela, la notion d'*ultima ratio* est employée spontanément une seule fois en lien avec les effets de la peine, notamment sur les proches :

JUGE #10 : [...] une famille à fortiori, quand la personne est condamnée, c'est de la souffrance. C'est pour ça qu'on doit aussi... voir la peine privative de liberté comme l'*ultima ratio*. Voir absolument la prévention spéciale plutôt que l'aspect purement punitif. Ça je pense c'est important. [...] La détention reste évidemment quelque chose de très lourd et qui devrait rester vraiment pour les cas vraiment les plus graves, les plus extrêmes.

Hormis ces deux exemples, on observe donc une absence de lien spontané entre les principes de modération et d'*ultima ratio* d'une part, et la nécessité de prendre au sérieux les effets indésirables de la peine et la préservation des liens sociaux d'autre part. Ainsi, si ces outils modérateurs font partie du « réservoir de la normativité juridique *accessible* » (Garcia, 2020, p. 659) pour les acteurs/trices, ils s'avèrent sous-utilisés pour penser la

justification de la prise en compte des effets de la décision pénale sur des tiers. Nos constats vont encore plus loin : dans l'ensemble, ils sont même absents *du langage* :

- **AVOCAT-E #5** : [...] **ce principe [de modération], il vous semble un point d'accroche intéressant pour la question des proches ?**
- Je dois vous admettre qu'honnêtement, je ne l'ai jamais abordé sous cet angle. Je vous dirais que le principe de la modération en est un dont on nous parle surtout à l'école... [...] Ça fait très longtemps que j'ai pas entendu ce mot-là [...]. (nous soulignons)

JUGE #7 : Faites l'exercice pour le fun. Mettez l'expression *principle of restraint* dans les banques jurisprudentielles en matière de détermination de la peine. Vous allez avoir l'impression que je vous parle de quelque chose qui n'existe pas. (nous soulignons)

L'analyse nous permet ainsi de dire que les principes de modération de la peine et d'*ultima ratio s'incarnent* dans les rationalités des acteurs/trices – qui tentent par exemple d'éviter la prison, et d'éviter l'expulsion pour préserver les liens sociaux –, mais ne sont pas toujours *nommés* dans les matériaux du droit. Cet-te avocat-e l'exprime sous forme d'intuition :

AVOCAT-E #5 : [la modération] je veux dire, *it's ingrained in what we do on a daily basis*, mais c'est pas quelque chose qu'on va nécessairement nommer... avec égard, peut-être qu'il y en a d'autres qui verraient ça autrement. Mais pour moi, c'est pas... Puis je veux dire, elle fait partie intégrante de l'évolution de la jurisprudence en matière sentencielle. Mais est-ce qu'on la nomme vraiment, si souvent ? Il me semble que non. Il me semble que non. [...]

La discussion a ouvert une porte *réflexive* chez cet-te acteur/trice, qui réalise au cours de l'échange qu'il/elle *pourrait* mobiliser le principe de la modération de la peine, qu'il ne verbalise pas dans ses représentations un argument *juridique valide* pour soutenir l'idée qu'il faille prendre en compte les effets que la peine pourrait avoir sur des proches de ses client-e-s. Nos données indiquent donc que le principe de la modération de la peine, tout comme Desrosiers l'a remarqué dans la jurisprudence (2017), est marginalisé (cognitivement) dans les idées mobilisées pour penser à la question des effets de la peine. Ceci va dans le sens des observations de Garcia sur l'espace décisionnel de la détermination de la peine :

[cet espace] accorde beaucoup plus de chances de succès à certaines règles de droit positif (par exemple, celles qui prévoient des peines de prison ou des objectifs de dénonciation) qu'à d'autres règles de droit positif tout aussi protégées par le système de droit (comme celles qui favorisent les mesures de rechange ou la protection contre des peines cruelles et inusitées). (2020, p. 653)³³³

En nous inspirant de cette remarque pour lire nos données, on peut dire que les principes de modération de la peine et d'*ultima ratio* ont peu de chances de succès afin de justifier l'emploi du critère « effets de la peine sur les proches ». À l'aune de nos résultats de recherche, nous pouvons parler d'une *rencontre manquée*³³⁴ entre le principe de la modération et l'évitement de certains coûts sociaux de l'application du droit criminel³³⁵.

³³³ On peut faire dialoguer ce constat avec celui que nous avons posé quant à la réception de la notion d'« intérêt de l'enfant » dans le contexte de la détermination de la peine : nous avons vu que cette notion est avant tout pensée en relation avec des règles de droit afflictives, plutôt que garantistes. Elle n'est pas mobilisée pour soutenir l'infliction de peines non privatives de liberté et la modération de la peine, quoique les intérêts d'un enfant soient susceptibles d'être hautement compromis par l'imposition d'une peine de prison, et malgré la forte invitation du *Comité des droits de l'enfant* à favoriser cette approche. Voir la section 6.2.2.2.2.

³³⁴ Cette expression nous a été inspirée par les constats de Garcia (2014), qui parle d'une « rencontre manquée » entre les droits de la personne et le droit criminel. Pour elle, si « [n]ous pourrions nous attendre à ce que les droits de la personne jouent un rôle important dans la conception même des peines et des modes d'intervention du système de droit criminel [...] les résultats de recherche indiquent qu'il semble y avoir actuellement à l'œuvre un genre d'aveuglement (ou d'oubli) systémique par rapport au potentiel transformateur des droits de la personne en ce qui concerne la conception des sanctions et des modes d'intervention du droit pénal » (p. 372).

³³⁵ Pires avait d'ailleurs parlé en ces termes du principe de l'*ultima ratio* : celui-ci, qui « [...] est un véritable idéal de la rationalité pénale, n'est formulé que d'une façon inopérante, dégradée ou travestie, il est réduit aux règles de protection de l'accusé durant la procédure, au vœu irréalisable de son application effective par le pouvoir législatif, etc. On peut dire que les théories de la peine fondent et laissent mourir ce principe [...] » (p. 247).

6.3.3 Les effets sur les proches et la modération de la peine : une rencontre à provoquer

La modération n'est pas une considération accessoire ou technique. Il s'agit d'un élément fondamental de la vision de l'approche en matière de détermination de la peine qui est la plus adaptée et la plus juste dans une société libre et démocratique.

BENJAMIN BERGER (2016)

Les résultats de notre analyse, qui montre d'une part un usage souterrain du critère « effets de la peine sur les proches », et d'autre part la sous-utilisation des principes modérateurs issus du droit pénal lui-même, invitent à se pencher sur le rôle de l'argumentation juridique dans la capacité qu'ont les *pratiques alternatives* à transformer le discours dominant. En se basant sur les travaux de Luhmann sur la théorie des systèmes (2003, 1993/2004), Garcia est d'avis que « l'argumentation juridique est [...] l'opération qui offre au système l'éventail des possibles en indiquant et sélectionnant les différentes raisons susceptibles de justifier une décision » (2015b, p. 115) ; elle décrit cette argumentation comme étant

[...] la forme de communication légale qui propose à la décision les alternatives/raisons disponibles en vue de l'application du symbole de validité de la loi, soit l'application du code légal/illégal. [...] [L]a prestation qu'offre l'argumentation juridique à la reproduction des opérations du système peut être décrite comme permettant l'évaluation des arguments ou raisons « in relation to their persuasive powers in the process of communication and in relation to their impact on communication » (Luhmann, 2004 : 307). (2015b, p. 115-116)

Appliqué à nos constats, on peut dire que le critère des effets de la peine ne semble pas suffisamment persuasif, *sur le plan de la validité juridique*, pour être utilisé dans les communications juridiques. Or, si critère pourrait être juxtaposé avec le principe de la modération des peines, nos données tendent à dire que ce n'est généralement pas le cas. Pourquoi cela ? Garcia poursuit et permet de mieux comprendre ce phénomène :

[...] l'argumentation doit pouvoir démontrer « consistency with valid law » ([Luhmann, 2004], p. 339). [...] Le raisonnement juridique est ainsi caractérisé par la référence à des raisons et les raisons sont des principes qui sont

«reconnus» par le système. Suite à un processus d'énonciation, de reconnaissance, de condensation et de généralisation, les raisons en viennent finalement à constituer elles-mêmes des séquences argumentatives qui resteront disponibles pour des usages subséquents. [...] [L]a logique de la stabilisation et de la réutilisation confère le sceau de la légitimité aux raisons. [...] L'usage répété de raisons qui réfèrent à des raisons, aboutit à la formulation de principes. (2015b, p. 113-114, nous soulignons)

Cette conception de l'argumentation juridique, formulée à partir des outils fournis par la théorie des systèmes de Luhmann, nous est apparue particulièrement pertinente pour réfléchir aux implications de la dissimulation – ou de l'absence de formalisation – du critère « effets de la peine sur les proches » par les actrices et acteurs lorsqu'ils/elles déterminent la peine : en l'absence d'une formulation *explicite* de ce critère dans les décisions judiciaires, *la prise en compte des effets de la décision sur les proches n'est pas en mesure d'entrer dans la mémoire du système* ; elle ne laisse pas de *trace communicationnelle*, qui serait alors susceptible d'être utilisée par d'autres dans des décisions futures.

Les implications de l'invisibilisation de l'usage du critère relatif aux proches s'avèrent donc majeures : elle fige le « pouvoir des proches ». Sans trace, le critère des « effets de la peine sur les proches » ne peut pas se stabiliser dans les communications du système de droit criminel. Corolairement, il ne peut pas *devenir une raison* légitime et *reconnue* par le système dans le contexte de la détermination de la peine. Cette observation est intéressante à mettre en relation avec la perspective de Bourdieu quant au rôle « créateur » des juges, dont les jugements ont, selon lui, « une véritable fonction d'invention » (1986, p. 8) :

[...] les magistrats [...] à travers la liberté plus ou moins grande d'appréciation qui leur est laissée dans l'application des règles, [...] introduisent les changements et les innovations indispensables à la survie du système que les théoriciens devront intégrer au système (1986, p. 7)

Bourdieu perçoit néanmoins chez les juges une « propension [...] au rôle de *lector*, d'interprète, qui se réfugie derrière l'apparence au moins d'une simple application de la loi et qui, lorsqu'il fait œuvre de création juridique, tend à le dissimuler » (1986, p. 6). Mayeda constate la même chose, et remarque en outre une insistance particulière sur les

critères « légaux » dans les narratifs des jugements qui s'écartent de l'orthodoxie juridique : « To [...] avoid uncomfortable accusations of “judicial activism”, the judges will try to hide their subversive resistance by arguing that their approach to the law fits within its legitimate boundaries » (2016, p. 198). Enfin, Vanhamme remarque que l'institution judiciaire revendique peu son pouvoir discrétionnaire, alors qu'il est inhérent « à l'acte de juger », et elle poursuit : « [d]ans le même temps que le pouvoir judiciaire voile le rôle du pouvoir discrétionnaire, il passe aussi sous silence le côté créateur de l'acte de juger et le rôle politique qui s'y associe » (2013, p. 46).

Ces différentes réflexions rejoignent nos observations antérieures, quant à la manière dont les acteurs/trices utilisent leurs espaces de liberté décisionnelle³³⁶ : certain-e-s ne perçoivent pas leur pouvoir discrétionnaire comme leur permettant *concrètement d'agir* sur les effets d'une peine (par exemple en changeant sa nature), et lorsqu'ils/elles l'utilisent en ce sens, ils et elles ont tendance à s'en trouver gêné-e-s, et à passer cet élément sous silence. Ainsi, d'après nos données, lorsque les juges *créent une porte tangible vers la modération*, et vers une manière de penser la peine qui s'extrait des idées dominantes valorisant l'affliction et l'exclusion, ils/elles ne vont pas toujours la rendre visible, ni mettre en avant leur pouvoir discrétionnaire, comme si l'ouverture d'une telle porte était crainte par les acteurs/trices. Ce constat rejoint celui de Desrosiers, qui observe « la dilution, ou la faible réception sociale, du principe de la modération dans le recours à l'emprisonnement » (2017, p. 355).

Il nous semble que cette difficulté à *montrer* que l'on fait preuve de modération dans la détermination de la peine est à mettre en relation avec le contexte cognitif de la rationalité pénale moderne, dont on peut dire que les acteurs/trices sont à certains égards « captifs » (Kaminski, 2015, p. 29) : les théories de la peine limitent les possibilités de justifier un type d'intervention qui favoriserait des valeurs positives, comme la réinsertion sociale, l'inclusion, et évidemment la modération dans l'infliction des peines. Dans la mesure où il n'existe pour l'instant pas de *théorie positive* de la sanction, au sens où l'entendent Garcia et Dubé (2017b), qui permettrait d'*orienter les pratiques* vers une conception de la

³³⁶ Voir la section 5.4.1.

protection de la société qui passerait avant tout « par des mesures qui protège[raie]nt aussi l'inclusion sociale des contrevenants, leurs liens sociaux et les conditions favorables à un rétablissement de la paix sociale » (p. 19), le potentiel transformateur des *pratiques alternatives* que nous avons observées, qui sont de nature *modératrice*, ne franchit pas les barrières des situations singulières dans lesquelles il se manifeste.

Nos résultats de recherche rejoignent les constats de Garcia sur le principe de modération de la peine, et sur ses difficultés à *produire des effets réels* dans le contexte de la RPM ; celui-ci se trouve en effet

[...] noyé dans un univers cognitif privilégiant en chaque point son contraire : 1) on doit recourir au droit pénal car les autres moyens sont inadéquats et inappropriés ; 2) la mesure pénale choisie doit être suffisamment restrictive pour produire la souffrance espérée ; 3) les mesures privatives de liberté doivent être utilisées dès lors qu'il faille rétribuer, dissuader, réhabiliter ou dénoncer convenablement. (2010, p. 319)

Elle montre ainsi les limites à l'actualisation du principe de modération. L'analyse de nos données confirme ces limites et met en évidence un usage extrêmement marginal de ce principe pour penser à l'intégration des effets de la peine sur les proches dans le raisonnement ; si on observe parfois dans le matériel une « logique de la création » dans la relation au droit³³⁷, celle-ci se manifeste à doses homéopathiques. On le voit par exemple dans cet extrait :

- **JUGE #7 : Est-ce que vous pensez que à travers un jugement, vous pourriez contribuer à transformer le droit ?**
- C'est une longue question. [rires] La réponse c'est oui. On pense tous le faire. Mais... la fonction judiciaire est par définition minimaliste. C'est-à-dire qu'on tranche la question qui est devant nous. Avec peut-être un petit pas. Et s'il y aura un autre pas à franchir, on le franchira dans une autre affaire. [...]. Mais il n'y aurait rien d'inconvenant à ce qu'un juge dise que dans le cas dont il est saisi, les conséquences [...] sur la famille sont un facteur qui fait partie de l'équation de la pondération qui l'amène à accorder une importance accrue au principe de modération pour refuser l'emprisonnement. Ça c'est possible actuellement. Il n'y a rien qui l'empêche. Mais de faire un pas de plus pour pousser soit la jurisprudence, soit le législateur...

³³⁷ L'expression est de Garcia (2020), qui l'oppose à la « logique de l'interprétation ».

Dans ce dernier extrait, que nous avons cité partiellement un peu plus tôt, on voit que si le critère des effets de la peine n'est pas perçu comme étant « officiel », ou comme faisant partie du cadre légal de la détermination de la peine, l'acteur/trice est conscient que *rien n'empêche* sa mobilisation. Seulement, celle-ci ne semble pas valorisée dans les communications du système, pas actualisée en tant que motif légitime pour justifier le choix d'une peine, alors qu'elle pourrait être couplée avec l'usage du principe de modération. Nous voyons donc deux raisons à la difficulté éprouvée par le critère « effet de la peine sur les proches » à se stabiliser : l'invisibilité de son usage, qui elle-même découle – à tout le moins partiellement – de l'absence d'une théorie *positive* de la sanction, qui indiquerait aux acteurs/trices de valoriser substantiellement la préservation des liens sociaux et l'inclusion sociale.

Dans le dernier extrait reproduit, on remarque également l'ambivalence entre d'une part, la reconnaissance d'un grand pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la peine, et, d'autre part, la relation entretenue avec ce pouvoir : une perception « minimaliste » du rôle du juge entrave l'appropriation intégrale de cette faculté d'*agir* sur la peine, et par le fait même, sur ses effets. Ainsi, même si les acteurs/trices sont nombreux/ses à *voir* les coûts sociaux importants des peines d'emprisonnement pour les proches, et si ces coûts sont parfois mobilisés dans le processus décisionnel, cet élément semble insuffisant « pour inciter les acteurs du droit à participer eux-mêmes à la réforme du système » (Garcia et Dubé, 2017b, p. 16), comme si cette participation était susceptible d'affecter la stabilité de l'institution. Or, comme le formule Garcia,

[t]ous ceux qui pensent le droit et qui créent du droit doivent prendre acte des multiples manières de construire la relation aux normes et se responsabiliser par la liberté qui est la leur, même quand elle est inconfortable et les amène à devoir choisir entre la sécurité ou le risque, le conformisme ou l'innovation, l'assujettissement ou la liberté. Il leur faut alors continuer de se poser la question : dans le riche réservoir de la normativité juridique, quels sont les matériaux à leur disposition et les matériaux possibles pour produire des réponses durables, résonnantes et responsives aux problèmes qui les préoccupent ? (Garcia, 2020, p. 677-678)

Dans les données, nous avons des exemples de moments où ce *réservoir* devenait plus visible au fil des échanges, et où la réflexivité des entretiens permettait de « réveiller »

certaines idées pour construire autrement le rapport aux normes dans la détermination de la peine :

- **JUGE #11** : [...] **c'est pas vous qui faites les lois, mais par ailleurs, celles qui existent déjà et qui sont dans votre, je sais pas votre boîte à outils [comme le respect du meilleur intérêt de l'enfant] [...]**.
- [...] [Cet outil] [j]'aurais presque envie de dire qui a pas encore trouvé la porte ou le chemin, enfin la porte à entrouvrir pour prendre le chemin. Mais oui, oui, c'est... après, il faut toujours une première. Donc là, vous me donnez des idées à moi là.

Si la porte pour prendre le chemin de la modération semble, à la lumière de notre étude, parfois difficile à ouvrir, ou à montrer, cette porte est complètement *disponible* dans les matériaux du droit ; elle se trouve dans les mains des acteurs et actrices. Cet-te avocat-e de la défense le réalisait en cours d'entretien :

AVOCAT-E #5 : Je parle pas de modération. Je devrais peut-être. [...] Je vais penser à ça. Je vais penser à ça. C'est très intéressant.

Comme le dit Garcia, un autre rapport au droit, et ici à l'usage du principe de la modération, est possible, on le voit se manifester dans ces différents extraits. Dans les propos de cet-e avocat-e on peut voir apparaître en filigrane l'idée que la *liberté* de ceux et celles qui pensent le droit n'est parfois pas suffisamment utilisée :

- **AVOCAT-E #2** : [...] entre la loi et le droit, y a un espace qu'on peut essayer d'exploiter. Le droit ne se réduit pas à la loi.
- **Est-ce que selon vous il est sous-exploité ?**
- Je pense qu'on n'y pense pas assez souvent.

Ainsi, si la reconnaissance des effets de l'intervention pénale sur les tiers était verbalisée, visibilisée et valorisée, plutôt que d'être « enfouie » dans les nombreux autres critères qui gravitent autour du choix d'une peine, elle ouvrirait alors une possibilité majeure pour l'exercice concret de la modération en matière pénale ; au-delà de la méfiance que ce critère peut induire, la considération des effets de la peine sur les proches représente une extraordinaire opportunité pour soutenir durablement une intervention pénale qui, d'un point de vue systémique, serait plus soucieuse des conséquences de ses actions, sur les personnes condamnées mais également sur les autres personnes qu'elles atteignent.

Considérant cela, les actrices et acteurs sont susceptibles de contribuer de manière essentielle à *créer un droit qui serait responsif* (Garcia, 2020, qui s'appuie sur Nonet et Selznick, 1978), et qui refuserait d'annuler ses propres valeurs à travers l'intervention³³⁸.

S'appuyant sur cette idée, et sur les travaux relatifs à la RPM, Dubé et Labonté estiment que le système de droit criminel nous place devant un « constat de perpétuelle "répressivité" et de "non-responsivité" » (2016, p. 688). À ce propos, notre étude a permis de montrer que si le système indique toujours le sens de la répression et de la sévérité – et influence indéniablement les juges dans la manière de problématiser la prise en compte des effets du système –, le chemin vers les valeurs *positives* du droit pénal s'avèrent au creux de la main des acteurs et actrices responsables de déterminer les peines. Si aucune théorie positive de la sanction (Garcia et Dubé, 2017b) n'est, pour l'heure, à leur disposition pour les soutenir vers ce chemin, l'enquête de terrain a révélé la réactivité des acteurs/trices face aux effets de l'intervention pénale, et leur *volonté* de limiter et freiner ces effets, notamment à travers la préservation des liens sociaux des personnes condamnées.

Ainsi, en *nommant* le fait que les effets de la peine sur les proches invitent à favoriser la modération, en intégrant formellement cette idée dans les canaux de communication du système de droit criminel, les acteurs et actrices judiciaires sont susceptibles d'ouvrir la voie à son entrée dans la mémoire du système ; en s'appropriant les espaces de liberté décisionnels qui sont les leurs, nous pensons qu'ils pourraient contribuer activement à amener le droit criminel à se montrer *responsif* et *responsable* face à certains effets dommageables de son application. Pour contrer le « déterminisme systémique » de la rationalité pénale moderne, le rôle des acteurs et des actrices s'avère déterminant.

À ce titre, les évolutions – décrites au début de cette thèse – dans la jurisprudence canadienne sur la prise en compte des « conséquences collatérales » ou « indirectes » de la peine³³⁹ montrent que malgré les perceptions de certain-e-s acteurs/trices, les sources formelles du droit contiennent des points d'ancrage de plus en plus solides pour

³³⁸ Voir les développements proposés sur le mécanisme du « seuil du désastre », section 6.1.1.

³³⁹ Voir la section 1.3.3.1.2.

problématiser et intégrer substantiellement les coûts sociaux des peines sur les proches dans la prise de décision.

Nous avons vu dans les données que certain-e-s acteurs et actrices ont décrit l'absence d'éléments liés aux effets sur les proches dans les décisions judiciaires en matière de peine³⁴⁰ ; d'autres ont décrit une tendance dans la jurisprudence à mettre l'accent sur le caractère hautement exceptionnel de la prise en compte d'éléments liés aux proches³⁴¹. De manière générale, nos observations issues des entretiens de recherche indiquent une absence de mention explicite de l'usage du critère « effets de la peine sur les proches » dans la rhétorique judiciaire, lorsqu'il est mobilisé. Or, ce constat n'est pas issu d'une étude de la jurisprudence, mais bien des points de vue des acteurs et actrices impliqués dans le choix des peines. Si les acteurs et actrices n'en ont généralement pas parlé durant les entretiens, nous aimerions toutefois suggérer que la notion de « conséquences collatérales de la peine » fait partie du « matériel décisionnel » pour déterminer la peine au Canada, et qu'elle pourrait représenter un support, issu des matériaux du droit, susceptible de favoriser l'« éthique de l'action en boucle » proposée par Garcia (2020) en matière de peine. Rappelons que cette éthique inviterait les tribunaux

[...] à se responsabiliser par rapport aux conséquences de la peine choisie sur la personne condamnée. L'idée est la suivante : si l'acteur du droit n'est pas responsable des gestes graves commis par un individu, il est et reste toujours responsable de la manière dont il y réagit institutionnellement. Dans sa réaction, il doit garder présentes les valeurs positives fondamentales du droit et la valeur éthique des différentes options de réaction parmi lesquelles il peut choisir. (2020, p. 663-664, nous soulignons)

La notion de « conséquences collatérales » de la peine, encore en développement dans la jurisprudence canadienne, permettrait-elle de sortir de la logique rétributiviste autour de laquelle s'articule l'examen des circonstances atténuantes et aggravantes, et de regarder au-delà de la personne condamnée ? Lorsque nous avons construit la problématique de la recherche, nous avons vu que cette notion a été souvent employée

³⁴⁰ Voir la section 6.2.4.

³⁴¹ Voir la section 5.4.1.

dans la littérature pour évoquer les effets sur les proches³⁴² ; Condry et Minson (2021) lui ont reproché de ne pas être suffisamment précise pour traduire l'expérience concrète des proches, et d'induire une distance entre la décision pénale et ses effets. Son usage par les tribunaux canadiens serait-il toutefois susceptible de catalyser une « éthique de l'action en boucle » (Garcia, 2020)³⁴³ en matière de détermination de la peine, et de soutenir des pratiques qui valorisent les principes garantistes du droit pénal, comme la modération de la peine et l'usage de la prison en dernier recours ? Cette question demeure ouverte, et s'avère entre les mains des acteurs et actrices du droit.

Pour clore cette recherche, et contribuer à visibiliser les « portes » permettant de dépasser une conception atomiste de la détermination de la peine, et de favoriser une intervention pénale qui prenne au sérieux les coûts sociaux liés à son fonctionnement, nous présenterons les réflexions de Benjamin Berger, qui a développé la notion de « proportionnalité individualisée » à partir de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière de peine : une approche qui intègre *l'expérience de la peine*, en tant que facteur essentiel pour fixer une peine juste et adéquate.

6.3.4 La « proportionnalité individualisée » : vers une actualisation humaniste du principe de la proportionnalité ?

Lorsque nous avons construit l'hypothèse directrice de cette recherche, nous avons vu que si dans la décision *R. c. Stanberry* (2015) les effets prévisibles de la peine *sur les enfants* de la personne condamnée avaient été vus et décrits amplement par le tribunal, leur prise en compte dans le choix de la peine a été articulée essentiellement autour d'un calcul mathématique : le quantum de la peine a été diminué pour tenir compte des proches, mais d'une manière qui n'a pas permis de *protéger concrètement* les filles de Madame Stanberry contre une séparation d'avec leur mère. Pour décrire cette situation, nous avons parlé alors du « duration focus », décrit par Kerr (2019), qui entrave la capacité de penser la peine en termes de *qualité*, plutôt que de *quantité*.

³⁴² Voir la section 1.2.2.

³⁴³ Voir les p. 243-244 pour cette notion.

À partir des résultats issus de cette étude, nous pouvons maintenant suggérer qu'à ce « focus » sur la durée de la peine s'ajoute une autre difficulté à l'usage du critère « effets de la peine sur les proches » : l'attraction extrêmement puissante du « crime » et du « criminel », un « offender focus », qui prend tant de place dans le raisonnement, au point qu'il entrave une prise en compte *substantielle* des effets concrets de l'intervention. Dans *Stanberry*, si le tribunal dit vouloir prendre en compte les effets « incalculables » d'une peine de prison sur les filles de Madame Stanberry, le principe de proportionnalité tel qu'il est codifié à l'article 718.1 C.cr., c'est-à-dire autour de la « gravité de l'infraction » et du « degré de responsabilité du délinquant », et tel qu'il est mis en forme par les théories de la peine qui valorisent avant tout les peines afflictives, semble *empêcher* de choisir une peine non-carcérale :

[24] [...] [T]he jurisprudence in cases involving the importation of cocaine clearly requires a firm sentence, even if that sentence also gives due expression to considerations such as rehabilitation and an enhanced sense of responsibility in the offender. This conclusion is in no way diminished by taking into account collateral consequences because, as just noted, any adjustment for collateral consequences cannot justify a deviation from the requirement for a proportionate sentence in the circumstances of the case. I am also mindful of jurisprudence to the effect that the effect of a severe sentence on the ordinary course of family life cannot in itself change the nature of a fit sentence. Cases to this effect were decided before *Pham* and might perhaps be modified as a result. But the basic point remains that no adjustment for mitigating factors or collateral consequences can justify what would otherwise be a disproportionate and unfit sentence. (nous soulignons)³⁴⁴

On voit ici les difficultés éprouvées par ce principe à être un réel mécanisme d'autolimitation, d'autocontention pour les acteurs/trices du droit pénal, lorsqu'il n'est pas pensé *en dehors des caractéristiques du crime* (Pires, 2012b). Le principe de proportionnalité produit ici un effet d'aveuglement : il faut penser au *mal-de-crime* pour penser le *mal-de-peine* (Pires, 2008d). Ainsi, dans cet exemple, malgré la mise en lumière par le tribunal des conséquences dramatiques qu'aurait une peine de prison, malgré le fait qu'il parvienne à *voir* ces coûts, malgré un rapport pré-sentenciel favorable à une

³⁴⁴ Voir aussi le par. 14 de l'arrêt *R. c. Pham* (2013) : « [...] le juge qui détermine la peine peut exercer son pouvoir discrétionnaire et tenir compte des conséquences indirectes en matière d'immigration, pourvu que la peine qui est infligée en définitive reste proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant ».

peine d'emprisonnement avec sursis³⁴⁵, il inflige une peine de prison de presque quatre ans *à cause de l'infraction commise* ; il s'était pourtant préalablement exprimé ainsi :

[12] I am also mindful that the *Criminal Code* enjoins a sentencing judge not to deprive an offender of liberty if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances, and to use all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances. For these reasons I am satisfied that the evidence justifies a reduction of the sentence proposed by the prosecution.

Le lien établi ici entre la nécessité de ne pas trop restreindre la liberté et la durée de l'incarcération apparaît problématique : la peine est présentée comme *juste* et *proportionnelle* parce qu'elle a été diminuée dans sa durée, et qu'ainsi modifiée, elle ne « magnifie » plus la sévérité de la peine d'une manière disproportionnée. En outre, alors que le principe de modération permettrait de soutenir l'adaptation de la peine eu égard à ses conséquences collatérales, et de *choisir une peine d'une autre nature*, c'est la notion de « mercy » qui est employée³⁴⁶, ce qui maintient cet ajustement en dehors d'une légitimation ancrée juridiquement³⁴⁷, et la prison est choisie.

Nous aimerions suggérer ici que le raisonnement présent dans cet exemple (qui n'en est qu'un parmi d'autres) témoigne de l'« obsession » du système de droit criminel à l'égard de l'infraction ; ce « piège du crime », vient non pas des acteurs et actrices qui choisissent la peine, mais bien de la RPM. En nous appuyant sur l'idée de Pires (2002), on peut qualifier ce problème de *piège cognitif* : un tel piège

[...] nous amène à ne pas considérer le problème principal [...] parce que notre esprit est absorbé par une considération qui est secondaire – voire illusoire – dans les circonstances. Cette considération secondaire] peut même nous laisser croire qu'il faut demeurer dans l'erreur (quant à la solution du problème principal) pour pouvoir accomplir le but second ! Or, comme nous le rappelle le mathématicien Gabriel Stolzenberg (1988, p. 279), un piège cognitif a la particularité de ne pas être « vu comme tel pour qui se trouve à l'intérieur » (2002, p. 29)

³⁴⁵ Voir le par. 7 de la décision *R. c. Stanberry* (2015).

³⁴⁶ « To the extent that collateral factors might alleviate the severity of a sentence they are probably best viewed as grounds for the court's exercise of mercy » (*ibid.*, par. 23).

³⁴⁷ Sur la notion de « mercy » en lien avec la détermination de la peine, voir Kunitz (2020).

Dans notre exemple, la résolution du problème principal que le tribunal veut adresser en adaptant la peine (les effets incalculables de la prison sur Madame Stanberry et ses filles) s'avère bloquée par une considération secondaire (individualiser la peine à partir de la gravité de l'infraction et du degré de responsabilité du « délinquant », en diminuant la quantité de peine). Ce *piège cognitif* nous semble majeur, et refléter un enjeu central qui ressort de notre étude : comment intégrer les conséquences sur les proches au raisonnement qui mène à la peine juste, d'une manière qui soit *connectée* à l'expérience concrète de la peine, que cela soit celle de la personne condamnée ou celle de ces proches, et qui ne soit pas coincée dans le « piège du crime » ? Quels sont les mécanismes susceptibles de favoriser un droit pénal *de l'intervention*, plutôt qu'un droit pénal *de l'infraction* (Freitas et Garcia, à paraître) ?

Récemment, Benjamin Berger a proposé dans ses travaux une avenue qui nous semble extrêmement intéressante afin de sortir la détermination de la peine de ce « piège du crime » ; une manière de penser l'individualisation de la peine qui se situe *à l'extérieur des caractéristiques de l'infraction* (Pires, 2012b), en dehors de la logique rétributive. À partir de l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, Berger a conceptualisé la notion de « proportionnalité individualisée » (2015, 2016 et 2020, notre traduction), en lien avec la détermination de la peine juste et adéquate. Avec ce concept, il réfère à des pratiques en matière de *sentencing* qu'il a observées dans la jurisprudence canadienne, notamment dans la conception de l'individualisation de la peine, et qui pourraient être l'amorce d'un changement de paradigme en la matière ; nous l'exposerons brièvement ici.

Au Canada, la jurisprudence a précisé de longue date que la proportionnalité de la peine doit s'apprécier à partir d'une approche *individualisée*³⁴⁸. Le principe de proportionnalité est le « principe fondamental » en matière de détermination de la peine, nous l'avons vu³⁴⁹, et il est consacré à l'article 718.1 C.cr. Encore une fois, cette disposition articule la proportionnalité de la peine autour de la gravité de l'infraction et du degré de

³⁴⁸ Voir Berger (2015) ; voir également *R. c. Nur* (2015), où la Cour suprême rappelle cet élément.

³⁴⁹ Voir la section 1.3.3.1.

responsabilité du délinquant. Cette conception du principe de proportionnalité, et notamment la manière d'y concevoir l'individualisation de la peine, est fortement inspirée d'une version *rétributive* de ce principe³⁵⁰ ; elle s'articule autour de l'acte avant tout. Comme le dit Pires,

[...] il y a différentes façons d'affirmer la valeur [du] principe [de proportionnalité] et elles ne sont pas toutes « humanistes » comme elles donnent l'impression, ni nécessairement en conformité avec la modération ou avec une approche en termes de droit criminel minimal. (1990, p. 453)

Dans le contexte canadien, Jodouin et Sylvestre sont d'avis que « [d]e toutes les conceptions de ce principe [...], les tribunaux ont choisi de retenir une conception répressive et de poursuivre leur orientation punitive » (2009, p. 551). Or, nous aimerions suggérer ici que la *proportionnalité individualisée* de Berger, qui pourrait également inclure l'expérience de la peine vécue par les proches des personnes condamnées, pourrait ouvrir un chemin vers une actualisation « humaniste » de ce principe.

Pour Berger, depuis l'arrêt *Ipeelee* (2012), dans lequel le juge LeBel a décrit le principe de l'individualisation comme étant « l'obligation fondamentale » du/de la juge chargé-e d'imposer la peine³⁵¹, un changement a été opéré : « this “ fundamental duty ” joins and modifies — and even controls — the “ fundamental principle ” found in section 718.1 of the *Criminal Code*. This is individualized proportionality » (2020, p. 382). Suivant cela, le principe d'individualisation de la peine, pour Berger,

[...] élargit le champ d'observation du juge qui impose la peine au-delà des deux facteurs qui sous-tendent le principe actuel de proportionnalité, à savoir la gravité de l'infraction et le degré de responsabilité du délinquant. Le principe de l'individualisation est également essentiel à la détermination d'une peine juste et appropriée, car il permet de s'assurer que la peine est déterminée non seulement en regard de ces deux facteurs relativement abstraits, mais aussi en fonction des effets concrets et vécus qu'aura la peine sur la vie de la personne qui se trouve devant le juge. En d'autres mots, l'individualisation permet au juge

³⁵⁰ Dans le même sens voir Jodouin et Sylvestre : « l'article 718.1 du *Code criminel* reconduit de façon implicite la théorie philosophique rétributiviste [...] » (2009, p. 534) ; voir également leurs développements sur les différentes variantes du principe de proportionnalité.

³⁵¹ Au par. 75.

de mesurer véritablement la sévérité de la souffrance imposée par l'État par la détermination de la peine. (2016, p. 12, nous soulignons)

Il propose ici une approche de l'individualisation de la peine qui s'écarte de celle cristallisée dans l'article 718.1 C.cr. ; pour soutenir sa proposition, il décrit, à partir de la jurisprudence de la Cour suprême, un « phenomenological turn in thinking about sentencing in Canada, one that is more attuned to the lived experience of criminal punishment » (2020, p. 380, nous soulignons). Voilà comment il approfondit la notion de « proportionnalité individualisée » qu'il propose :

[...] the innovation in Canadian sentencing law that I am exploring [...] lies in a fundamentally different understanding of individualization, of its centrality in just sentencing decisions, and of what its pursuit demands of the sentencing judge. This form of individualization involves drawing close to the offender, through and past questions of responsibility and blame, to reckon with the offender's experience of suffering as a consequence of their wrongdoing. In the Supreme Court of Canada's emergent approach, proportionality remains central to the task of sentencing, as do considerations of responsibility and blame, but the focus on the offender's experience of suffering and of the consequences of wrongdoing draws increased attention to the other side of the proportionality equation: a sensitive, contextualized assessment of what counts as part of "a sentence" or punishment, and of its true severity. The individualization at work here is this gauging of the circumstances of the offender and their experience of suffering, in service of a more refined sense of the true fitness and justness of the sanction imposed. The priority given to this form of individualization reshapes and recolours the principle and practices of proportionality. (2020, p. 370, nous soulignons)

En somme, Berger propose de s'éloigner d'une conception de la peine qui soit « obsédée » par l'infraction (que nous avons nommé le « piège du crime »), pour développer une approche de la proportionnalité et de l'individualisation de la peine qui s'ancrent dans l'expérience *réelle* que représente la peine pour la personne condamnée ; on peut dire que sa proposition invite à pratiquer la proportionnalité d'une manière qui s'écarte du droit pénal *de l'infraction*, pour s'articuler autour d'un droit pénal *de l'intervention*, pour reprendre les mots de Freitas et Garcia (à paraître). Cette approche ne traite pas spécifiquement de l'expérience de la peine pour des personnes à qui elle n'est pas destinée juridiquement – dans notre cas les proches. En revanche, elle nous semble en mesure d'éviter le *piège cognitif* dans lequel la prise en compte des « conséquences collatérales de la peine » sur les proches peut se trouver coincée.

Pour conclure, reprenons les motifs qui poussent Berger à soutenir le développement de l'approche de la *proportionnalité individualisée*, et dont il décrit des traces déjà existantes dans la jurisprudence canadienne ; cet extrait est long mais il mérite d'être reproduit intégralement :

Though it marks a departure from more familiar retributivist constructions of proportionality, this development in Canadian sentencing law and practice is appealing for several reasons. It responds better to the humanity of the moment of sentencing and what is morally and politically urgent about it : the extraordinary act – carried out by a judge – of the state effecting political ends by inflicting violence and suffering on an individual. It seems ethically crucial that the judge draw close to the individual in that moment in order to ensure that the character of this suffering is appreciated; only then can we speak intelligibly about the fitness of a punishment. The developments that I have explored thus also contribute to a more satisfying sense of what constitutes a " sentence " or " punishment " and, with this, a more realistic approach to proportionality. Moving beyond questions of quantum and form, the inquiry takes on a thick qualitative dimension, with the measure of a sentence taken from the actual experiences of punishment and aggregate consequences that result from one's wrongdoing. This institutional sensitivity to the individualized realities of punishment may help "make the metaphor of proportionality meaningful, and punishment accordingly limited in real terms." [Lacey & Pickard, 2015] By contrast, without accounting for these lived realities, the exercise of seeking proportionality is consigned to fail ("in real terms"), and to do so in the direction of over-punishment. In this, this emergent approach is better equipped to offer up some resistance to the well-worn pattern of criminal punishment reproducing and exacerbating pre-existing disadvantage and marginalization. (2020, p. 383-384, nous soulignons, notre emphase)

Humaniser la détermination de la peine, se rapprocher des humains qui vivront l'expérience de la peine, dépasser la logique du quantum et sortir du « piège du crime », voilà le programme proposé par Berger avec la *proportionnalité individualisée*. Ajoutons à cela deux points fondamentaux. D'abord, sa proposition s'ancre dans la revalorisation des *valeurs sociales fondamentales* (Pires, 2001a) du droit criminel : protéger les êtres humains contre la souffrance. Ensuite, elle se fonde dans des *valeurs positives* du système pénal, notamment le principe de la modération de la peine. Considérant cela, le mariage de cette approche avec la notion de « conséquences collatérales de la peine » développée par les tribunaux canadiens pourrait s'avérer extrêmement fécond pour favoriser une approche de la sanction pénale qui *prenne au sérieux* les coûts sociaux liés à son fonctionnement. Nous sommes d'avis que cette approche pourrait être

avantageusement mise au service d'un dispositif « sentinelle » en matière de détermination de la peine, qui permettrait aux acteurs et actrices de *voir*, dans chaque situation concrète, où se situe « le seuil du désastre », et de choisir une peine qui, plutôt que de *sacrifier* ces valeurs (Mead, 1928), veillerait à leur incarnation concrète pour toutes les parties touchées par la sanction.

Conclusion générale

À partir d'entretiens de recherche menés auprès d'acteurs et d'actrices judiciaires, l'objectif général poursuivi par cette étude était de décrire la manière dont *les effets de la peine sur les proches* sont problématisés par les juges dans le contexte de la détermination de la peine. Dans la mesure où ces acteurs et actrices ont la responsabilité de choisir la sanction, et disposent d'un pouvoir discrétionnaire relativement large pour ce faire, nous avons sélectionné ce « moment pénal » afin d'observer leur *réaction* à certains coûts sociaux liés à l'application du droit criminel. Nous l'avons dit dans l'introduction de la thèse : la recherche a été mue par une volonté de *déterr*er un objet qui présentait les traits d'un « impensé » au sein du système pénal. Ce faisant, nous avons voulu combler deux lacunes ressorties des différentes revues de littérature : si la prise en compte de l'existence des proches est un parent pauvre des recherches en matière de *sentencing*, le *sentencing* fait également figure de parent pauvre de celles menées sur la thématique des proches. Avec cette recherche, nous espérons avoir contribué à faire avancer les connaissances dans ces deux champs de recherche, que nous avons entrelacés afin de les élargir et de les nourrir mutuellement.

Précisons que cette étude est loin d'être exhaustive ; il s'agit plutôt d'une première pierre, posée pour contribuer à la réflexion relative à l'intégration des coûts sociaux de l'intervention pénale dans la détermination de la peine, cela plus particulièrement sur des personnes dont la vie est affectée significativement par la sanction pénale (Logan, 2013), quoiqu'ils n'en soient pas les destinataires directs (Garcia, 2020). Par exemple, elle n'aborde pas la place des relations familiales dans la jurisprudence en matière de détermination de la peine ; au Canada plus particulièrement, l'usage par les tribunaux de la notion de « conséquences collatérales » ou « indirectes » de la peine³⁵², que nous n'avons que survolé dans cette étude, mériterait d'être explorée. Elle ne traite pas non

³⁵² Développée notamment par la Cour suprême dans les arrêts *R. c. Pham* (2013) et *R. c. Suter* (2018) ; voir la section 1.3.3.1.2.

plus de la question des droits que les proches des personnes condamnées pourraient faire valoir en lien avec l'infliction des peines, par exemple le droit à la vie familiale. Outre cela, les mécanismes qui inhibent l'usage du principe de la modération en matière de peines, mais également ceux qui sont susceptibles de le catalyser, méritent selon nous d'être explorés plus avant. À l'issue de cette étude, nous avons été en mesure de formuler tout au plus certaines pistes à cet égard ; nous espérons qu'elle sera suivie d'autres recherches. Revenons maintenant sur ses contributions.

Les principales conclusions de l'étude

Pour mener cette recherche, qui traite d'un thème qualifié d'« occulte » par un-e des juges interviewé-e-s, nous avons proposé aux acteurs et actrices rencontré-e-s de réfléchir à la détermination de la peine en concentrant l'attention sur deux éléments : les proches de l'auteur/trice, et les effets de la peine sur ces personnes. Avec cette proposition, nous avons tenté de décentrer le regard des éléments qui occupent traditionnellement l'avant-scène en matière pénale : le « crime » et le/la « criminel-le ».

Avec cette approche, nous avons voulu favoriser la *réflexivité* dans l'échange ; elle s'est avérée extrêmement riche pour « découvrir » les points de vue des acteurs et actrices du système pénal, sur un impensé du système dans lequel ils et elles œuvrent au quotidien. Elle a permis notamment de mettre en lumière certains obstacles cognitifs qui limitent la capacité du système pénal à évoluer vers une détermination de la peine qui soit authentiquement soucieuse de ses répercussions concrètes sur les individus, et qui actualise dans ses opérations les principes modérateurs fondamentaux du droit pénal.

Le résultat qui nous semble le plus fondamental de cette recherche est le suivant : si, sur le plan des règles formelles du droit, le système pénal ne visibilise pas les proches et ne s'en préoccupe pas, l'analyse montre que sur le plan des processus décisionnels et des pratiques judiciaires, les juges, de manière générale, s'en préoccupent. Alors que la visibilité des effets de la peine sur les proches n'est pas donnée, et que de nombreux obstacles limitent leur prise en compte dans le contexte de la détermination de la peine, l'étude indique que ces effets font parfois partie du « matériel décisionnel » mobilisé par

les acteurs/trices ; lorsque c'est le cas, leur reconnaissance est susceptible de favoriser une prise de décision qui soit connectée aux effets concrets de l'intervention, et qui valorise les valeurs positives du système pénal, comme le principe fondamental de la modération en matière de peine.

Si des contraintes cognitives exercent indubitablement une influence sur la problématisation et la prise en compte des effets de la peine sur les proches par les acteurs/trices, l'étude montre que ces effets sont fréquemment présents dans leurs esprits au moment de déterminer la peine ; face à la menace de la prison notamment, ces effets sont parfois mobilisés en tant que critère pour déterminer la peine juste et adéquate, quoique son usage ne soit ni formalisé, ni généralisé. Outre ce constat central, nous synthétiserons maintenant les apports de cette recherche à une meilleure compréhension de la place occupée par les effets de la peine sur les proches dans le contexte de la détermination de la peine, en revenant sur les résultats issus des trois chapitres d'analyse, chacun ayant été construit afin de répondre à une question de recherche distincte.

Les « proches » des personnes condamnées : visibles, invisibles

L'étude des cadres légaux canadien et suisse, sur lesquels nous avons concentré l'attention pour cette recherche, a montré que les proches sont pratiquement invisibles sur le plan *légal* dans le contexte de la détermination de la peine³⁵³. Les données indiquent toutefois que ces personnes sont présentes dans le champ de vision des juges, qui vont s'interroger par exemple sur leur identité et leurs relations avec la personne condamnée, recevoir des lettres de leur part, ou avoir des interactions avec eux durant leurs témoignages. Que cela soit en tant que simples spectateurs de l'audience, ou en tant qu'informateurs du tribunal en lien avec le choix de la peine, les proches font partie intégrante de leur expérience professionnelle.

³⁵³ Considérant le rôle supplétif mais central de la jurisprudence dans le contexte de *common law* au Canada, nous avons toutefois montré que la jurisprudence problématisait parfois les effets des peines sur les proches (voir la section 1.3.3.1.2).

Par ailleurs, l'étude montre que les informations dont disposent les juges quant aux proches sont extrêmement disparates et parcellaires. L'analyse pointe vers un déficit de responsabilité du système concernant la collecte d'information : aucun mécanisme formel et systématique ne permet de garantir un accès fiable et complet à l'information qui concerne les personnes susceptibles d'être atteintes de manière importante par la sanction ; leur visibilité est contingente, laissée au hasard du déroulement d'une procédure pénale. On l'observe clairement dans les données empiriques : les acteurs et actrices sont parfois contraints de déterminer la sanction sans connaître la « totalité de la situation », et donc, parfois, sans avoir accès aux risques associés à la peine envisagée. Souvent, ils et elles sont dans l'expectative que d'autres acteurs ou actrices leurs fournissent des informations sur les proches ; à cet égard, un rôle essentiel est attribué aux avocat-e-s de la défense. Les entretiens avec ces acteurs/trices indiquent que de leur point de vue, la transmission de ces informations dépend de la stratégie mise en place pour la défense de leur-e-s client-e-s. Le système ne proposant pas de mécanisme de visibilisation de l'existence des proches, les avocat-e-s détiennent en quelque sorte le pouvoir de les faire exister aux yeux du tribunal, mais également de les maintenir invisibles.

L'analyse a aussi montré que la visibilisation incarnée de l'existence des proches est susceptible de solliciter la conscience des acteurs/trices par rapport aux conséquences concrètes de l'application du droit sur les liens sociaux. Par exemple, les témoignages des proches permettent de *désatomiser* la personne condamnée et de montrer l'importance des personnes qui gravitent autour d'elle, dans un mouvement contraire aux idées dominantes du système de droit criminel : la peine *aura concrètement* des effets, et cela sur plusieurs individus, quoiqu'elle ne soit destinée juridiquement qu'à la personne reconnue coupable. Ainsi, si l'atomisme des théories de la peine écarte les liens sociaux concrets dans la réflexion sur la peine (Pires, 2001b), *voir* les proches, les *entendre*, induit une prise de conscience des *effets concrets* de la peine sur des *êtres humains*, qui sont autrement, sur le plan cognitif, gommés par la dimension fondamentalement abstraite et désincarnée du droit criminel (voir Norrie, 2014).

Toutefois, l'analyse tend à montrer que la problématisation de l'existence des proches s'articule autour de rôles, qui leur sont attribués par les acteurs/trices (par exemple soutenir la personne condamnée) : on observe dans leurs points de vue que souvent, les proches n'existent pas *pour eux-mêmes*, mais plutôt pour ce qu'ils peuvent amener au système à propos de la personne condamnée. Il apparaît difficile de penser à leur existence en dehors des missions que se donne le système pénal, comme la lutte contre la récidive.

Les « effets de la peine sur les proches » : connus, inconnus

L'étude des représentations des juges quant aux *effets de la peine sur les proches* nous a amenées à décrire la connaissance des acteurs/trices sur ces effets comme étant *passive* et se situant dans une dimension imaginative : comme l'a décrit Cohen dans son ouvrage *States of Denial* (2001), l'analyse tend à montrer que face à la réalité dérangeante de l'existence des proches, les acteurs et actrices savent, et ne savent pas à la fois. Si leurs difficultés sont souvent décrites comme notoires et évidentes, plusieurs barrières cognitives viennent faire obstacle à une réelle visualisation d'une part des effets potentiels de la peine sur les proches, et d'autre part de la *capacité d'agir* sur les effets prévisibles d'une sanction. Chacune d'elle installe une distance entre la peine et ses effets.

D'abord, le dialogue entre le cadre théorique et le matériel empirique a montré que les idées qui dominent la manière de penser la peine poussent les acteurs/trices à concentrer le regard vers les effets du « crime », plutôt que vers les effets *de l'intervention pénale*. Par un effet de *glissement cognitif*, les difficultés rencontrées par les proches ont tendance à être attribuées à la commission de l'infraction ; les *effets des peines* sont alors associés aux *effets du « crime »*. Nous avons parlé d'un « piège du crime », qui limite la capacité de VOIR les effets *de l'intervention* et induit l'attribution d'une « responsabilité élargie » à la personne condamnée vis-à-vis de ses proches. Une déconnexion cognitive est ainsi apparue entre la décision sur la peine, et les effets concrets qu'elle peut générer ; celle-ci induit une représentation limitée du pouvoir d'action des acteurs/trices face aux coûts sociaux de la peine. En effet, si l'on considère que ces coûts viennent du crime et du

coupable, alors il n'est pas possible d'agir pour les éviter ; ils sont d'ailleurs fréquemment représentés comme étant inéluctables, ce qui atteint leur capacité de se *responsabiliser* pour les coûts sociaux liés à leurs choix en matière de peine.

Cette observation ne doit en aucun cas être comprise comme un désengagement individuel de la part des acteurs/trices vis-à-vis des effets de leurs choix : l'analyse montre plutôt que cette auto-limitation tire sa source dans les idées valorisées par les théories de la peine de la rationalité pénale moderne, qui indiquent notamment aux acteurs et actrices de ne pas s'attarder aux coûts sociaux de l'intervention. Sur le plan cognitif, le système incite plutôt à maintenir ces conséquences à l'extérieur de son champ de vision, mais aussi de son champ d'action. Dans un système de pensée qui dévalorise l'inclusion sociale et la modération dans ses structures-mêmes, intégrer dans l'équation des peines la préservation des liens sociaux demeure un exercice périlleux, que les acteurs/trices expérimentent alors parfois comme une *menace*. Comme le dit Dubé, les « obstacles qui paraissent entraver la créativité des décideurs (le législateur, les juges, les procureurs, etc.) [...] sont souvent attribuables [...] à l'influence déterminante de la RPM sur l'orientation des opérations respectivement politiques et juridiques » (2013, p. 24).

Une autre barrière cognitive a émergé des données : l'idée voulant que le moment de la détermination de la peine ne produise pas, en lui-même, des effets spécifiques sur les proches ; il serait trop tard – les effets sont associés aux conséquences du crime, donc perçus comme ayant déjà eu lieu –, ou trop tôt – les effets ne seraient pas prévisibles. Dans les deux cas, c'est encore une paralysie qui en résulte. Or, s'il n'est pas possible de prévoir en détails tous les effets qu'une peine peut avoir, certaines conséquences *prévisibles* et *vraisemblables* de la peine demeurent à portée de conscience ; nous l'avons vu dans l'affaire *R. c. Stanberry* (2015), où le tribunal avait décrit les effets « incalculables » qu'aurait eu une peine de prison sur Madame Stanberry, et notamment la double séparation qui en résulterait – entre elle et ses filles, et entre ses filles, qui seraient placées dans des familles ou institutions différentes. Si l'intégration d'éléments

prévisibles dans la décision sur la peine n'a rien d'inusité³⁵⁴, le caractère incertain de certains effets de la peine semble justifier leur non-intégration dans le processus décisionnel.

Les effets des proches sur la peine : un pouvoir enfoui

Dans le dernier chapitre de la thèse, nous nous sommes penchées sur les rationalités de prise en compte des effets de la peine sur les proches, dans le contexte de la détermination de la peine. L'analyse a montré que, dans certaines situations, ces effets font partie du « matériel décisionnel » mobilisé pour choisir la peine juste et adéquate. À plus forte raison, les effets prévisibles de la prison sur les proches induisent un réflexe de *modération*, de retenue chez les acteurs/trices, dans les « zones frontières » - c'est-à-dire dans les espaces sentenciels où la prison n'est pas *la seule peine possible juridiquement*. Ces situations conduisent les juges à activer des stratégies légales afin d'éviter le « désastre de l'enfermement » à la personne condamnée, mais également à ses proches (par exemple le choix d'une peine non carcérale ou l'octroi d'un sursis).

Si les cadres légaux de la détermination de la peine mis sous étude n'offrent pas de prise spécifique pour mobiliser ce critère, les acteurs/trices vont parfois utiliser leurs espaces de liberté décisionnelle pour choisir une peine qui soit en adéquation avec les valeurs modératrices du droit pénal. Nous avons alors observé une « désatomisation » de la détermination de la peine, une brèche dans la rationalité atomiste et abstraite qui domine la conception de la peine dans la RPM (Pires, 2001b). Nous avons prolongé ce constat en montrant qu'en choisissant une peine non-carcérale *considérant les effets qu'aurait une peine de prison* sur les proches, les actrices et acteurs mobilisent un raisonnement qu'on peut apparenter au dispositif du « seuil du désastre »³⁵⁵ : ils/elles parviennent à *voir les implications* de leur choix en matière de peine *sur le plan des valeurs*, et ajustent ce

³⁵⁴ Voir Rudnicki (2021) et Kerr (2017), qui évoquent à ce titre les pronostics posés par exemple sur la dangerosité d'un individu et sur son risque de récidive.

³⁵⁵ Rappelons que ce mécanisme est encore émergent ; son idée centrale a été élaborée par Alvaro Pires, puis discutée lors d'une conférence par Moreau et Moreau (2023). Nous avons proposé dans la thèse de le développer autour de l'« éthique de l'action en boucle » proposée par Garcia, et de l'« éthique du *pour-l'autre* » proposée par Dubé et Labonté (2016).

choix en fonction des valeurs positives et garantistes du droit criminel. L'étude témoigne ainsi du grand potentiel que représente la visibilisation des effets concrets et prévisibles d'une sanction pour connecter le droit criminel avec les *coûts sociaux* liés à son application ; elle représente un levier fondamental pour mettre l'attention sur la *qualité* de l'intervention choisie, et dépasser le « duration focus » décrit par Kerr (2019).

L'analyse a montré que ce potentiel s'avère pour l'heure partiellement neutralisé par les idées qui dominent la rationalité pénale moderne, qui valorisent avant tout les peines carcérales, l'affliction et l'exclusion sociale. À ce titre, nous avons particulièrement pointé le rôle de l'*atomisme* des théories de la peine, qui conduit à articuler la prise en compte des effets sur les proches autour de l'auteur/trice du crime et de son acte. Cette rationalité atomiste invite à concevoir l'individualisation de la peine d'une manière rétributive, c'est-à-dire centrée sur l'acte et sa gravité, et sur le degré de culpabilité de la personne condamnée, plutôt que sur l'expérience concrète de la peine (voir Berger, 2020) ; elle est aussi susceptible d'induire une prise en compte *aggravante* des liens sociaux, la personne condamnée se voyant blâmée de n'avoir pas tenu compte de ses proches en passant à l'acte. Sur ce point, l'enquête empirique a permis de raffiner une observation issue des travaux de Pires sur la conception atomiste de la peine dans la rationalité pénale moderne (2001b) : cette caractéristique peut inviter à mobiliser les liens sociaux de la personne condamnée, mais d'une manière *punitive*. La valorisation des liens sociaux opère ici en faveur d'une répression accrue, et non dans l'optique de favoriser leur préservation.

L'analyse a aussi montré comment la vision identitaire du système de droit criminel, qui s'auto-décrit comme un système tourné vers le monde public et les intérêts de l'État (Pires, 2008a), s'actualise dans les perceptions des actrices et acteurs et entrave l'intégration des effets sur les proches dans le raisonnement sur la peine : leur prise en considération dépasserait leurs compétences, et serait incompatible avec la fonction centrale du droit criminel, soit la protection de la Société. Face aux missions que se donne le système pénal, la question des effets de l'intervention sur les proches apparaît ainsi « hors sujet ». Ces idées ont sédimenté l'idée voulant que la limitation des coûts sociaux de l'intervention pénale serait *incompatible* avec la détermination de la peine.

Un autre obstacle cognitif a été identifié dans les données : les acteurs/trices ont tendance à se représenter la prise en compte des effets de la peine sur les proches comme étant risquée. Inégalité de traitement, généralisation du non-recours à la prison, instrumentalisation des proches et « illégitimité » juridique sont tout autant d'éléments qui sont vécus par les acteurs et actrices comme des raisons indiquant de maintenir les effets sur les proches en dehors de la détermination de la peine. Si la tâche de déterminer une peine est déjà décrite comme hautement complexe par les juges, le supplément de complexité représenté par ce critère les conduit parfois à renoncer à son usage. L'ensemble de ces résultats tend à montrer que ce n'est pas *le critère en tant que tel* qui apparaît problématique : c'est plutôt sa *perception* par les acteurs/trices qui les incite à ne pas l'utiliser, ou à ne pas expliciter son usage.

Ainsi, lorsque les acteurs/trices *agissent concrètement* pour limiter les coûts sociaux de l'intervention pénale sur les proches, l'analyse indique qu'ils/elles ont tendance à ne pas *visibiliser* cette action dans leurs décisions ; nous avons observé dans les données une « dissimulation » de la prise en compte des proches. Celle-ci n'est pas surprenante : dans un contexte cognitif saturé de valeurs négatives et afflictives, il s'avère extrêmement difficile pour les acteurs et actrices de la justifier dans les communications juridiques. Si plusieurs valeurs positives du droit pénal font partie du réservoir normatif disponible pour ce faire, si le principe de la modération de la peine est un principe fondamental du droit criminel, l'analyse a montré que sa mobilisation explicite s'avère fortement limitée, à tel point qu'il est absent du langage, lorsqu'il s'agit de penser la prise en compte des effets d'une peine. Nous l'avons vu : à ce jour, aucune théorie de la peine ne permet de soutenir sérieusement les acteurs et actrices dans l'exercice de la modération (voir Garcia et Dubé, 2017b) ; en paraphrasant Pires (2007), on peut dire que dans ce contexte, faire preuve de modération, c'est faire preuve de faiblesse.

La modération, quoiqu'elle soit concrètement incarnée dans certaines pratiques décrites par les juges (comme le choix d'une peine non carcérale pour éviter des réverbérations extrêmement dommageables sur les proches), est apparue comme étant beaucoup plus difficile à *justifier* que la sévérité ; on retrouve dans ce résultat le constat de Pires, quant

à l'actualisation des principes modérateurs du droit pénal dans la pensée pénale moderne :

On peut dire que la *sévérité* est devenue en grande partie indissociable de la *rationalité pénale moderne*. C'est pour cette raison que *les principes de la modération et de la dernière instance* sont devenus *chancelants, cacophoniques - presque contradictoires* - dans le cadre de cette rationalité.
(2008c, p. 249, nous soulignons)

Ainsi, à la lumière des points de vue des acteurs et actrices rencontré-e-s, on peut dire que la prise en compte *modératrice* des effets de la peine sur les proches intervient discrètement, voire « à la dérobée », pour reprendre les mots d'un-e acteur/trice. Cette rationalité modératrice, lorsqu'elle est pratiquée, semble laisser peu de traces dans les matériaux du droit, ce qui entrave sa capacité à transformer durablement le rapport entretenu par le droit criminel avec l'une de ses valeurs fondamentales. À partir de ce résultat, nous aimerions suggérer que les apports de cette recherche, centrée sur les coûts sociaux qui touchent les proches des personnes condamnées, peuvent être élargis à la prise en compte d'autres coûts sociaux de l'intervention pénale dans le contexte de la détermination de la peine.

D'un risque à une opportunité : catalyser le pouvoir modérateur des proches

You may say I'm a dreamer
But I'm not the only one

JOHN LENNON (1971)

Notre génération devrait-elle avoir l'audace de se servir du droit pénal pour fixer les valeurs des générations à venir ?

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT
DU CANADA (1974)

Comme nous l'avions annoncé dans son introduction, la thèse avait notamment pour ambition de faire *exister* les proches des personnes condamnées dans le radar du prononcé des peines, et d'amorcer une réflexion sur la prise en charge, *par le système pénal*, de coûts sociaux liés à son fonctionnement. Nous nous sommes engagées sur la

voie d'une « entreprise de problématisation », comme l'a décrite Foucault, avec l'idée de « rendre problématiques et douteuses des évidences, des pratiques, des règles, [...] et des habitudes » (1994, n° 353, p. 688-689), relativement à ces coûts sociaux.

Dans les premières pages de cette thèse, suivant une invitation formulée par Alvaro Pires (1997a), nous avons formé le souhait de contribuer à réactiver la réflexion relative à ces coûts sociaux, documentés depuis maintenant plusieurs décennies. Si amener le système pénal à se responsabiliser pleinement pour les coûts sociaux qu'il produit s'apparente au travail de Pénélope dans l'*Odyssée*, une tâche certes « infinie et vouée à l'inachèvement » (Deleule, 2001, p. 19), nous avons mené cette étude avec la volonté de contribuer à « empêcher que soit *recouvert* ce qui a été *découvert* » (Pires, 1997a, p. 12, emphase de l'auteur). Permettons-nous ainsi de « réactiver la mémoire » : au début des années 1980, Landreville, Blankevoort et Pires ont mis en évidence les nombreux coûts sociaux produits par le fonctionnement du système pénal. Ils prévenaient alors :

La manière traditionnelle d'envisager le système pénal (et même le crime) a joué un rôle d'obstacle (épistémologique) à une véritable intégration de la problématique des coûts sociaux et empêche encore aujourd'hui de traiter de cette question d'une manière complète et cohérente. (1981, p. 14)

Force est de constater que quatre décennies plus tard, le concept d'« obstacle épistémologique », élaboré initialement par Bachelard et développé par Pires relativement au système de droit criminel moderne, s'avère toujours pertinente pour observer la relation entretenue par le système à l'égard de ses effets concrets : les

[...] habitudes professionnelles et les idées qu'un système social juge (encore) appropriées empêchent (ou nuisent à) l'adoption, la généralisation et la stabilisation dans le temps long de meilleures habitudes, idées, structures et pratiques dans le système social lui-même. (Pires, 2017, p. 11).

Cette recherche a montré les effets sur la cognition d'un problème culturel persistant dans la manière de concevoir la peine juste et adéquate : le fait que les idées dominantes du système de droit criminel moderne *invitent* les acteurs et actrices à ne pas s'attarder aux coûts sociaux de l'intervention pénale. Ancrées dans une obsession du « mal-de-crime », ces idées entravent les possibilités de concevoir la décision pénale dans sa dimension

relationnelle et performative. En attirant l'attention sur l'importance de *prendre au sérieux* les effets envisagés d'une peine, et de dépasser le « offender focus » que nous avons décrit au long de cette étude, la recherche nous permet de suggérer l'importance d'une transition dans la conception de l'intervention : passer d'un droit pénal *de l'infraction* à un droit pénal *de l'intervention*, comme le suggèrent Freitas et Garcia (à paraître).

Une telle transition, nous l'avons vu, bénéficierait d'une théorie de la sanction qui s'ancre dans des valeurs positives, non atomistes, et garantistes pour penser l'intervention, qui puisse fournir des prises cognitives aux acteurs et actrices afin d'actualiser ces valeurs dans le processus décisionnel. Par ailleurs, nous suggérons qu'à une autre échelle, les acteurs et actrices concerné-e-s par la détermination des peines sont susceptibles de jouer un rôle fondamental vers une telle transition. Comme l'ont formulé Garcia et Dubé, en parlant du processus de réforme du droit criminel,

[...] autant le législateur que le juge peuvent participer, autant le chercheur que l'intervenant, autant une commission de réforme que la doctrine, autant le procureur de la couronne que le procureur de la défense, peuvent contribuer. Toutes ces instances peuvent nourrir la réflexion autour de la réforme du droit, générer des idées, proposer des pratiques, nourrir des processus décisionnels. (2017b, p. 32)

Cette importance du rôle que peuvent jouer les acteurs et actrices du droit pénal s'est manifesté dans notre analyse, en particulier lorsque nous avons présenté le mécanisme du « seuil du désastre », et les rationalités qui s'y apparentent dans les points de vue des juges ; nous avons suggéré que ce *dispositif sentinelle* renferme la capacité de rendre l'observateur/trice attentif/ve aux conséquences concrètes de l'intervention, et d'agir comme un rappel eu égard aux valeurs fondamentales et positives du système. Le « seuil du désastre » pourrait amener les acteurs et actrices judiciaires à être plus attentifs au risque de *sacrifier* des valeurs fondamentales et positives du système, et les inviter à mettre ces valeurs *en usage* dans la réaction pénale, c'est-à-dire à les actualiser dans la décision. Des développements supplémentaires sur ce dispositif nous semblent ainsi extrêmement souhaitables.

Outre cela, nous aimerions souligner le fait qu'à chaque fois qu'une décision *verbalise* la prise en compte des coûts sociaux de l'intervention, quels qu'ils soient, la capacité du système de se *responsabiliser* pour la peine infligée s'accroît. Ce chemin vers un droit criminel *responsif* (Nonet et Selznick, 1978), et vers une modération substantive en matière pénale, est à portée de mains. Pour tracer cette route, l'approche de la *proportionnalité individualisée* proposée par Berger (2015, 2016 et 2020) est également apparue comme une direction à creuser pour sortir du « piège du crime » et revaloriser une *valeur sociale fondamentale* (Pires, 2001a) du droit criminel : protéger les êtres humains contre la souffrance. La proposition de Berger, ancrée dans des *valeurs positives* du système pénal, notamment le principe de la modération de la peine, nous semble féconde pour rapprocher la détermination de la peine de ses implications concrètes pour les individus.

Rappelons qu'un-e acteur/trice a qualifié l'objet de cette étude de « terroir en jachère », et qu'au sens figuré, l'expression « laisser quelque chose en jachère » est associée à l'idée de « ne pas tirer parti d'une chose, ne pas lui demander ce qu'elle pourrait donner ». Nous pouvons maintenant mettre cette idée en relation avec les résultats de la recherche. Ceux-ci montrent d'une part que la responsabilisation du système pour les coûts sociaux qu'il peut engendrer – en l'occurrence, ici, les effets dommageables des peines sur les proches des personnes condamnées – contient un potentiel énorme pour la transformation de l'intervention pénale. Ils montrent d'autre part que ce potentiel demeure pour l'heure sous exploité ; si nous avons suggéré, au fil de cette étude, que l'intégration des effets concrets de l'intervention dans le processus décisionnel peut représenter une opportunité pour le système pénal, elle est souvent vécue comme une prise de risque. Or, comme Garcia, nous sommes d'avis que la recherche en droit est susceptible de contribuer à enrichir les points de vue normatifs autour d'une question et à favoriser la créativité sur le plan des idées juridiques :

[...] l'univers de la recherche en droit [...] est, à notre avis, une des voies privilégiées pour explorer les dimensions créatives du droit, justement parce qu'il opère en général par la mise en relation de différentes perspectives sur un problème social. Nous proposons en ce sens de voir la recherche en droit à l'image d'une source non officielle de normativité [...]. (2020, p. 665)

Avec les actrices et acteurs judiciaires, nous avons cherché à amorcer un travail de labourage du « terroir en jachère » qu'est la thématique des coûts sociaux des peines sur les proches, dans le contexte de la détermination de la peine. Avec elles, avec eux, nous avons retourné la terre ; en observant comment ces effets sont formulés et problématisés de l'intérieur du système, nous avons tenté, modestement, de semer des graines. Celles-ci pourront peut-être donner des fruits, si toutes les personnes concernées par l'infliction des peines leur donnent de l'eau et de la lumière.

Bibliographie

- Abbott, L. et Lockwood, K. (2020). Negotiating pregnancy, new motherhood and imprisonment. Dans K. Lockwood (dir.), *Mothering from the inside* (p. 49-66). Emerald Publishing Limited.
- Abramowicz, S. (2012). A family law perspective on parental incarceration. *Family Court Review*, 50(2), 228-240. <https://doi.org/10.1111/j.1744-1617.2012.01447.x>
- Amado, A. (2019). Quelle place pour l'autre parent d'un enfant en prison ? Une étude en droit comparé entre la France et l'Angleterre. *Criminologie*, 52(1), 119-134. <https://doi.org/10.7202/1059542ar>
- Amarelle, C. (2023, 4 septembre). L'expulsion pénale dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral. *Jusletter*. <https://doi.org/10.38023/5b3eb205-7df1-4e80-9bb2-e743e2f2830a>
- Apel, R. et Ramakers, A. (2018). Impact of incarceration on employment prospects. Dans B. M. Huebner et N. A. Frost (dir.), *Handbook on the consequences of sentencing and punishment decisions* (p. 85-104). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780429466380>
- Aubert, L. et Mary, P. (2015). L'abolition par la réforme. Dépénaliser en contexte d'intensification pénale ? *Champ pénal*, 12. <https://doi.org/10.4000/champpenal.9132>
- Bacher, J.-L. et Jendly, M. (2020). La fixation de la peine en droit pénal suisse à la lumière de quelques constats empiriques. Dans B. Perrin, P. Meylan, G. Fiolka, M. A. Niggli et C. Riedo (dir.), *Droit pénal et criminologie. Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz* (p. 33-47). Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Bagault, C. (2017). L'expérience du Gip. Dans H. Lhéréte (dir.), *Michel Foucault : l'homme et l'œuvre. Héritage et bilan critique* (p. 22-23). Sciences Humaines. <https://doi.org/10.3917/sh.lhere.2017.01.0022>
- Baldwin, L. (2020). "A life sentence": The long-term impact of maternal imprisonment. Dans K. Lockwood (dir.), *Mothering from the inside: Research on mothering and imprisonment* (p. 85-101). Emerald Publishing Limited. <http://dx.doi.org/10.1108/978-1-78973-343-320201008>
- Baldwin, L. et Epstein, R. (2017). *Short but not sweet: A study of the impact of short custodial sentences on mothers and their children*. Oakdale Trust, De Montfort University Leicester, Coventry University. <https://www.dora.dmu.ac.uk/bitstream/handle/2086/14301/Final%20Research%20Report%20LB%20RE%202017%20.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Bardin, L. (2013). *L'analyse de contenu* (2^e éd.). Presses universitaires de France. <https://doi.org/10.3917/puf.bard.2013.01>
- Baribeau, C. (2009). Analyse des données des entretiens de groupe. *Recherches qualitatives*, 28(1), 133-148. <https://doi.org/10.7202/1085324ar>

- de Beaurepaire, C. (2012). La vulnérabilité sociale et psychique des détenus et des sortants de prison. *Revue du MAUSS*, 40(2), 125-146. <https://doi.org/10.3917/rdm.040.0125>
- Beausoleil-Allard, G. (2014). *Le fichage de la délinquance sexuelle au Canada : une nouvelle peine ?* Thémis.
- Beccaria, C. (1991). *Des délits et des peines*. Flammarion. (Ouvrage original publié en 1764)
- Bellot, C., Sylvestre, M.-È. et St-Jacques, B. (2013). Construire un problème social et pourquoi pas ? Le cas de la judiciarisation de l'itinérance. Dans M. Otero et S. Roy (dir.), *Qu'est-ce qu'un problème social, aujourd'hui. Repenser la non-conformité* (p. 207-226). Presses de l'Université du Québec.
- Benguigui, G., Chauvenet, A. et Orlic, F. (1994). Les surveillants de prison et la règle. *Déviance et société*, 18(3), 275-294. <https://doi.org/10.3406/ds.1994.1346>
- Bennett, C. (2017). Invisible punishment is wrong—but why? The normative basis of criticism of collateral consequences of criminal conviction. *The Howard Journal of Crime and Justice*, 56(4), 480-499. <https://doi.org/10.1111/hojo.12230>
- Berger, B. L. (2015). Sentencing and the salience of pain and hope [Research paper no. 17]. *Osgoode Legal Studies Research Paper*, 11(4), 1-25. (Republié de *The dignity of Law: The legacy of justice Louis LeBel*, par D. Newman et M. Thorburn, dir., 2015, LexisNexis) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2606667#
- Berger, B. L. (2016). Réforme des objectifs et principes de détermination de la peine : document de réflexion. Division de la recherche et de la statistique. Ministère de la Justice du Canada. <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr-ropp-rpps/index.html>
- Berger, B. L. (2020). *Proportionality and the experience of punishment*. Dans D. Cole et J. Roberts (dir.), *Sentencing in Canada: Essays in Law, Policy, and Practice* (p. 368-389). Irwin Law.
- Bernard, D. (2019). Conclusion. Contre le « bon sens » pénal. Dans D. Bernard et K. Ladd (dir.), *Les sens de la peine* (vol. 151, p. 499-514). Presses de l'Université Saint-Louis. <https://doi.org/10.4000/books.pusl.25930>
- Bernheim, E. (2011). De l'existence d'une norme de l'anormal. Portée et valeur de la recherche empirique au regard du droit vivant : une contribution à la sociologie du droit. *Les Cahiers de droit*, 52(3-4), 461-496. <https://doi.org/10.7202/1006694ar>
- Bernheim, E., Gesualdi-Fecteau, D., Noreau, P. et Fortin, V. (2021). L'approche empirique en droit : prolégomènes. Dans D. Gesualdi-Fecteau et E. Bernheim (dir.), *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques* (p. 1-26). Thémis.
- Bertrand, M.-A. (1999). Incarceration as a gendering strategy. *Canadian Journal of Law & Society/La Revue Canadienne Droit et Société*, 14(01), 45-60. <https://doi.org/10.1017/S0829320100005925>
- Beyens, K. (2019). « Softer but shitter ». Les souffrances de l'emprisonnement 2.0. Dans G. M. Sykes, *La société des captifs. Une étude d'une prison de sécurité maximale* (D. Kaminski et P. Mary, dir., trad. augmentée, p. 195-220). Larcier.

- Bikialo, S. (2006). « En un mot » (ou en deux) : mot juste et sens obtus chez Roland Barthes et Claude Simon. Dans J. Faerber, M. Barraband et A. Pigeat (dir.), *Le mot juste : des mots à l'essai aux mots à l'œuvre* (p. 23-38). Presses Sorbonne Nouvelle.
<https://doi.org/10.4000/books.psn.1280>
- Binswanger, I. A., Krueger, P. M. et Steiner, J. F. (2009). Prevalence of chronic medical conditions among jail and prison inmates in the USA compared with the general population. *Journal of Epidemiology & Community Health*, 63(11), 912-919.
<http://dx.doi.org/10.1136/jech.2009.090662>
- Blanc, J.-S. (2018). Crime and Multiple Punishments: The vulnerability of LGBTI persons in the criminal justice system. Dans Center for human rights and humanitarian law, anti-torture initiative (dir.), *Gender perspectives on torture: Law and practice* (p. 199-206). American University Washington college of Law. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37936.pdf>
- Blanchard, B. (2002). La situation des mères incarcérées et de leurs enfants au Québec. *Criminologie*, 35(2), 91-112. <https://doi.org/10.7202/008292ar>
- Blanchet, A. et Gotman, A. (2010). *L'enquête et ses méthodes : l'entretien* (2^e éd.). Armand Colin.
- Boisvert, A.-M. (2020). Développements récents en droit pénal : droit substantif et sentencing – 2018-2019. *Supreme Court Law Review*, 95 (2d), 63-111.
- Booth, N. (2020). *Maternal imprisonment and family life: From the caregiver's perspective*. Policy Press.
- Boswell, G. (2018). Imprisoned fathers and their children: A reflection on two decades of research. *Child Care in Practice*, 24(2), 212-224.
<https://doi.org/10.1080/13575279.2017.1420037>
- Boudin, C. (2011). Children of incarcerated parents: The child's constitutional right to the family relationship. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 101(1), 77-118.
<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol101/iss1/3>
- Bouregba, A. (2002). La parentalité à l'épreuve de l'incarcération. Dans A. Bouregba (dir.), *Les liens familiaux à l'épreuve du pénal* (p. 71-83). Éres.
<https://doi.org/10.3917/eres.boure.2002.01.0071>
- Braman, D. (2004a). *Doing time on the outside: Incarceration and family life in urban America*. University of Michigan Press. <https://doi.org/10.3998/mpub.17629>
- Braman, D. (2004b). Families and the moral economy of incarceration. *Journal of Religion & Spirituality in Social Work: Social Thought*, 23(1-2), 27-50.
https://doi.org/10.1300/J377v23n01_03
- Brand, S. et Price, R. (2000). *The economic and social costs of crime* (Home Office Research Study 217). Economics and Resource Analysis Research, Development and Statistics Directorate Home Office.
<https://pdba.georgetown.edu/Security/citizenssecurity/eeuu/documents/BrandandPrice.pdf>

- Brassard, R. et Martel, J. (2009). Trajectoires sociocarcérales des femmes autochtones au Québec : effets de l’incarcération sur l’exclusion sociale. *Criminologie*, 42(2), 121-152. <https://doi.org/10.7202/038602ar>
- Brion, F. (2003). Le monde judiciaire selon Garfinkel. *Criminologie*, 36(2), 9-26. <https://doi.org/10.7202/007864ar>
- Brodeur, J.-P. (2021). Michel Foucault. « Alternatives » à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social. Une entrevue avec Jean-Paul Brodeur. Dans S. Lafleur (dir.), *Foucault à Montréal : réflexions pour une criminologie critique* (p. 11-44). Éditions de la rue Dorion.
- Cappi, R. (2015). *Motifs du contrôle et figures du danger à la lumière du débat brésilien sur l’âge de la majorité pénale*. Larcier.
- Cardi, C. (2014). Les quartiers mères-enfants : l’« autre côté » du dedans. Protection et surveillance des mères en prison de femmes. *Champ pénal*, 11. <https://doi.org/10.4000/champpenal.8762>
- Cardi, C. et Latte Abdallah, S. (2014). Vécus de la carcéralité des mères et des pères. *Champ pénal*, 11. <https://doi.org/10.4000/champpenal.8815>
- Carrier, N. et Piché, J. (2015). Des points aveugles de la pensée abolitionniste dans le monde universitaire. Enjeux récurrents et émergents. *Champ pénal*, 12. <https://doi.org/10.4000/champpenal.9161>
- Castillo, R. A. H. (2013). Femmes autochtones détenues et criminalisation de la pauvreté au Mexique (B. Châteauvert-Gagnon, trad.). *Recherches amérindiennes au Québec*, 43(2-3), 21-30. <https://ceim.uqam.ca/db/IMG/pdf/aidarecherchesamerindiennes.pdf>
- Cauchie, J.-F. (2005). Un système pénal entre complexification et innovations. Le cas ambivalent des travaux communautaires belges. *Déviance et Société*, 29(4), 399-422. <https://doi.org/10.3917/ds.294.0399>
- Cauchie, J.-F. (2008). *Peines de travail : justice pénale et innovation*. Larcier.
- Cauchie, J.-F. et Kaminski, D. (2007). Éléments pour une sociologie du changement pénal en Occident. Éclairage des concepts de rationalité pénale moderne et d’innovation pénale. *Champ pénal*, 4. <https://doi.org/10.4000/champpenal.613>
- Chamberland, J. (2004, 18–20 novembre). *L’application de la Convention relative aux droits de l’enfant par les tribunaux canadiens depuis l’arrêt Baker : erre d’aller ou accélération ?* [Communication orale]. Conférence internationale La mise en œuvre des droits de l’enfant : perspectives nationales et internationales, Montréal, QC, Canada.
- Chantraine, G. (2004). *Par-delà les murs : expériences et trajectoires en maison d’arrêt*. Presses universitaires de France. <https://doi.org/10.3917/puf.chant.2004.01>
- Chantraine, G. (2006). La prison post-disciplinaire. *Déviance et Société*, 30(3), 273-288. <https://doi.org/10.3917/ds.303.0273>

- Chantraine, G., Scheer, D. et Depuiset, M.-A. (2018, avril). *Enquête sociologique sur les « quartiers d'évaluation de la radicalisation » dans les prisons françaises*. Centre National de la Recherche Scientifique, Université de Lille. <http://hdl.handle.net/20.500.12210/18070>
- Christie, N. (1977). Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, 17(1), 1-15. <https://www.jstor.org/stable/23636088>
- Christie, N. (1981). *Limits to pain*. Martin Robertson.
- Christie, N. (1986). Images of man in modern penal law. *Contemporary Crises*, 10(1), 95-106. <https://doi.org/10.1007/BF00728498>
- Christie, N. (2005). *Au bout de nos peines* (D. Kaminski, trad.). Larcier ; de Boeck. (Ouvrage original publié en 1981)
- Christie, N. (2016). *Crime control as industry. Towards Gulags, Western style* (4^e éd.) Routledge.
- Clear, T. R. (2002). The problem with "Addition by Subtraction": The prison-crime relationship in low-income communities. Dans M. Mauer et M. Chesney-Lind (dir.), *Invisible punishment: The collateral consequences of mass imprisonment* (p. 181-193). The New Press.
- Clemmer, D. (1940). *The prison community*. Holt.
- Codd, H. (2008). *In the shadow of prison: families, imprisonment and criminal justice*. Willan. <https://doi.org/10.4324/9781843925613>
- Cohen, S. (2001). *States of denial: Knowing about atrocities and suffering*. Polity Press.
- Cohen, S. et Taylor, L. (1972). *Psychological survival: The experience of long-term imprisonment*. Penguin Books.
- Collins Hoffman, P.-C. et Pinsonnault, G. (2014). La responsabilité criminelle des organisations en matière d'infractions d'ordre économique. *Revue canadienne du droit de la concurrence*, 27(1), 132-188. <https://ssrn.com/abstract=2500362>
- Comfort, M. (2003). In the tube at San Quentin: The "secondary prisonization" of women visiting inmates. *Journal of Contemporary Ethnography*, 32(1), 77-107. <https://doi.org/10.1177/0891241602238939>
- Comfort, M. (2007a). Punishment beyond the legal offender. *Annual Review of Law and Social Science*, 3, 271-296. <https://doi.org/10.1146/annurev.lawsocsci.3.081806.112829>
- Comfort, M. (2007b). « C'est plein de mecs bien en taule ! » Incarcération de masse aux États-Unis et ambivalence des épouses. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 169(4), 22-47. <https://doi.org/10.3917/arss.169.0022>
- Comfort, M. (2008). *Doing time together: Love and family in the shadow of the prison*. University of Chicago Press.

- Comfort, M. (2019). Developments and next steps in theorizing the secondary prisonization of families. Dans M. Hutton et D. Moran (dir.), *The Palgrave handbook of prison and the family* (p. 65-79). Palgrave MacMillan. https://doi.org/10.1007/978-3-030-12744-2_4
- Commission de réforme du droit du Canada [CRDC]. (1976, janvier). *Principes directeurs : sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal*. Ministre des Approvisionnement et Services Canada. <https://www.lareau-legal.ca/LRCReport2French.pdf>
- Commission canadienne sur la détermination de la peine [CCDP]. (1987, février). *Réformer la sentence : une approche canadienne. Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine* (J2-67/1986F). Ministre des Approvisionnement et Services Canada. <https://publications.gc.ca/site/eng/471729/publication.html>
- Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics [Commission Viens]. (2019). *Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et certains services publics au Québec, réconciliation et progrès*. Gouvernement du Québec. https://www.cerp.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Rapport/Rapport_final.pdf
- Condry, R. (2007). *Families shamed: The consequences of crime for relatives of serious offenders*. Willan Publishing.
- Condry, R. et Minson, S. (2021). Conceptualizing the effects of imprisonment on families: Collateral consequences, secondary punishment, or symbiotic harms? *Theoretical Criminology*, 25(4), 540-558. <https://doi.org/10.1177/1362480619897078>
- Condry, R. et Scharff Smith, P. (2018). *Prisons, punishment, and the family. Towards a new sociology of punishment?* Oxford University Press.
- Crewe, B. (2011). Depth, weight, tightness: Revisiting the pains of imprisonment. *Punishment & Society*, 13(5), 509-529. <https://doi.org/10.1177/1462474511422172>
- Czabański, J. (2008). *Estimates of cost of crime: History, methodologies, and implications*. Springer. <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-540-69805-0>
- Daly, K. (1989). Rethinking judicial paternalism: Gender, work-family relations, and sentencing. *Gender & Society*, 3(1), 9-36. <https://doi.org/10.1177/089124389003001002>
- Déchaux, J.-H. (2003, juin). La parenté dans les sociétés occidentales modernes : un éclairage structural. *Revue des politiques sociales et familiales*, (72), 53-63. https://www.persee.fr/doc/caf_1149-1590_2003_num_72_1_1989
- de Larminat, X. (2014). Un continuum pénal hybride. Discipline, contrôle, responsabilisation. *Champ pénal*, 11. <https://doi.org/10.4000/champpenal.8965>
- Deleule, D. (2001). Le paradigme de Pénélope. *Cités*, 8(4), 13-20. <https://doi.org/10.3917/cite.008.0013>
- Delmas-Marty, M. (1986). *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*. Presses universitaires de France.

- Denis-Boileau, M.-A. et Sylvestre, M.-E. (2016). Ipeelee et le devoir de résistance. *Canadian Criminal Law Review*, 21, 73-121. <https://ssrn.com/abstract=3024998>
- Den Uyl, D. J. et Rasmussen, D. B. (2006). The myth of atomism. *The Review of Metaphysics*, 59(4), 841-868. <https://www.jstor.org/stable/20130703>
- Département fédéral Justice et Police [DFJP]. (2023, mai). *Situation des enfants dont l'un des parents est détenu en Suisse*. Confédération suisse. <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-95531.html>
- de Saussure, S. (2019a, 16 septembre). Les enfants des personnes poursuivies pénalement : du silence du droit suisse à l'éloquence des textes supranationaux. *Jusletter*. https://jusletter.weblaw.ch/fr/jusliissues/2019/992/les-enfants-des-pers_24d4174759.html ONCE&login=false
- de Saussure, S. (2019b). Les effets de la peine sur les proches des contrevenants : difficultés et discussion quant à leur problématisation lors de la détermination de la peine. *Criminologie*, 52(1), 203-224. <https://doi.org/10.7202/1059546ar>
- de Sousa Santos, B. (2011). Épistémologies du Sud. *Études Rurales : Terrains, cultures & environnement*, (187), 21-50. <https://doi.org/10.4000/etudesrurales.9351>
- Deslauriers, J.-P. (1987). L'analyse en recherche qualitative. *Cahiers de recherche sociologique*, 5(2), 145-152. <https://doi.org/10.7202/1002031ar>
- Deslauriers, J.-P. et Kérisit, M. (1997). Le devis de recherche qualitative. Dans J. Poupart, J.-P. Deslauriers, L.-H. Groulx, A. Laperrière, R. Mayer et A. P. Pires (dir.), *La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques* (p. 85-111). Gaëtan Morin.
- Desrosiers, J. (2013). Peines minimales et principes de justice fondamentale : une lecture comparée des articles 12 et 7 de la Charte. *Canadian Criminal Law Review*, 17(2), 121-153.
- Desrosiers, J. (2017). Replacer le principe de modération au cœur de la justice pénale, ou cent fois sur le métier remettez votre ouvrage. Dans J. Desrosiers, M. Garcia et M.-È. Sylvestre (dir.), *Réformer le droit criminel au Canada : défis et possibilités* (p. 309-336). Yvon Blais.
- Desruisseaux, C. (2020). L'autochtonisation de la justice saisie par la Cour itinérante au Nord-du-Québec (1972-1985). *Revue d'histoire de l'Amérique française*, 73(3), 31-55. <https://doi.org/10.7202/1070108ar>
- Devresse, M.-S. (2012). Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas des peines s'exerçant en milieu ouvert. *Déviance et Société*, 36(3), 311-323. <https://doi.org/10.3917/ds.363.0311>
- Devresse, M.-S. (2019). « Punir en situation ». Le sens particulier des sanctions fondées sur un contrôle en milieu ouvert. Dans D. Bernard et K. Ladd (dir.), *Les sens de la peine* (p. 409-426). Presses de l'Université Saint-Louis. <https://doi.org/10.4000/books.pusl.26026>
- Diotte, M. (2021). *L'autonomie sous rature : (re)penser la citoyenneté sexuelle à l'intersection du handicap cognitif par l'approche des relations d'autonomie* [Thèse de doctorat, Université d'Ottawa]. Recherche uO. <http://dx.doi.org/10.20381/ruor-25841>

- Donson, F. et Parkes, A. (2016). Weighing in the balance: Reflections on the sentencing process from a children's rights perspective. *Probation Journal*, 63(3), 331-346.
<https://doi.org/10.1177/0264550516649575>
- Doob, A. N. (2012). Principled sentencing, politics, and restraint in the use of imprisonment: Canada's break with its history [Actes de colloque]. *Champ pénal*, 9.
<https://doi.org/10.4000/champpenal.8335>
- Douris, M. (2016). Être parent en prison, une incarcération de la parentalité. *Dialogue*, 211(1), 27-40. <https://doi.org/10.3917/dia.211.0027>
- Dubé, R. (2008). *Système de pensée et réforme du droit criminel : les idées innovatrices du rapport Ouimet* [Thèse de doctorat, Université du Québec à Montréal]. Archipel.
<https://archipel.uqam.ca/973/1/D1647.pdf>
- Dubé, R. (2012). La fonction du droit criminel moderne : de la protection de la société à la stabilisation des attentes normatives. *Droit et société*, 82, 659-688.
<https://doi.org/10.3917/drs.082.0659>
- Dubé, R. (2013). Les angles d'observation de la rationalité pénale moderne et la recherche empirique. Dans R. Dubé, M. Garcia et M. R. Machado (dir.), *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques* (p. 15-34). Presses de l'Université d'Ottawa.
- Dubé, R. (2017). L'évolution des systèmes sociaux : comment penser la contribution des systèmes psychiques ? Dans L. K. Sosoe (dir.), *Systèmes psychiques et systèmes sociaux* (p. 78-105). Georg Olms Verlag.
- Dubé, R. et Cauchie, J.-F. (2007). Enjeux autour de l'évolution du droit criminel moderne : quand les variations de la périphérie défient l'autorité redondante du centre. *Déviance et Société*, 31(4), 465-485. <https://doi.org/10.3917/ds.314.0465>
- Dubé, R. et Garcia, M. (2017). La construction politique des attentes victimaires dans les débats parlementaires entourant la création de la loi pénale. *Champ pénal*, 14.
<https://doi.org/10.4000/champpenal.9501>
- Dubé, R. et Garcia, M. (2019). Le juge et la victime dans le cadre du processus de détermination de la peine. *Les Cahiers de droit*, 60(4), 909-935. <https://doi.org/10.7202/1066346ar>
- Dubé, R. et Labonté, S. (2016). La dénonciation, la rétribution et la dissuasion : repenser trois obstacles à l'évolution du droit criminel moderne. *Les Cahiers de droit*, 57(4), 685-713.
<https://doi.org/10.7202/1038262ar>
- Dubber, M. D. (2006). *The sense of justice: Empathy in law and punishment*. New York University Press.
- Dufourcq-Chappaz, C. (2011). *Être père malgré tout : univers carcéral et parentalité*. Chronique sociale.
- Epstein, R. (2013). Sentencing mothers: The rights of the child and the duties of the criminal courts. *Contemporary Social Science*, 8(2), 130-140.
<https://doi.org/10.1080/21582041.2012.751503>

- Euvsard, E. et Leclerc, C. (2015). Les rapports de force lors des négociations des plaidoyers de culpabilité. Analyse du point de vue des avocats de la défense. *Criminologie*, 48(1), 191-213. <https://doi.org/10.7202/1029354ar>
- Fahmy, C. et Wallace, D. (2018). Incarceration, reentry and health. Dans B. M. Huebner et N. A. Frost (dir.), *Handbook on the consequences of sentencing and punishment decisions* (p. 105-121). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780429466380>
- Ferreccio, V. (2019). L'expérience de l'enfermement chez les proches de détenus : une approche de l'extension des logiques carcérales. *Criminologie*, 52(1), 37-56. <https://doi.org/10.7202/1059538ar>
- Flavin, J. (2001). Of punishment and parenthood: Family-based social control and the sentencing of Black drug offenders. *Gender & Society*, 15(4), 611-633. <https://doi.org/10.1177/089124301015004007>
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir*. Gallimard.
- Foucault, M. (1994). *Dits et écrits 1954-1988, tome IV : 1980-1988*. Gallimard.
- Foucault, M. (2013). *La société punitive. Cours au Collège de France (1972-1973)*. Seuil/Gallimard.
- Freiburger, T. L. (2011). The impact of gender, offense type, and familial role on the decision to incarcerate. *Social Justice Research*, 24, 143-167. <https://doi.org/10.1007/s11211-011-0133-8>
- Freitas, M. et Garcia, M. (à paraître). [Punição fora do quadro: a empatia e o cuidado como fonte de transformação da racionalidade penal moderna].
- Frigon, S. et Kérisit, M. (dir.). (2000). *Du corps des femmes : contrôles, surveillances et résistances*. Les Presses de l'Université d'Ottawa.
- Garcia, M. (2007). Innovation et obstacles à l'innovation : la réception des droits de la personne par le système de droit criminel [Complément électronique]. *Champ pénal, Séminaire Innovations pénales 2008*. <https://doi.org/10.4000/champpenal.1192>
- Garcia, M. (2010). *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel : les théories de la peine comme obstacle cognitif à l'innovation* [Thèse de doctorat, Université du Québec à Montréal]. Archipel. <https://archipel.uqam.ca/2742/1/D1884.pdf>
- Garcia, M. (2011). De nouveaux horizons épistémologiques pour la recherche empirique en droit : décentrer le sujet, interviewer le système et « désubstantialiser » les catégories juridiques. *Les Cahiers de droit*, 52(3-4), 417-459. <https://doi.org/10.7202/1006669ar>
- Garcia, M. (2013). La théorie de la rationalité pénale moderne : un cadre d'observation, d'organisation et de description des idées propres au système de droit criminel. Dans R. Dubé, M. Garcia et M. R. Machado (dir.), *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques* (p. 37-72). Presses de l'Université d'Ottawa.

- Garcia, M. (2015a). Contributions actuelles et virtuelles des droits de la personne aux décisions judiciaires et à l'évolution de la justice pénale. *Champ pénal*, 12. <https://doi.org/10.4000/champpenal.9010>
- Garcia, M. (2015b). L'« argumentation juridique » comme clôture observationnelle du système juridique : une reconstruction du concept guidée par la théorie des systèmes. Dans L. K. Sosoe (dir.), *Le droit – un système social. Law as a social system. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann* (p. 103-134). Georg Olms Verlag.
- Garcia, M. (2016). 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. *Canadian Criminal Law Review*, 21, 237-267. <https://ssrn.com/abstract=3589561>
- Garcia, M. (2020). Droit, aliénation et créativité. *Les Cahiers de droit*, 61(3), 647-678. <https://doi.org/10.7202/1071384ar>
- Garcia, M. et Dubé, R. (2017a). 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>
- Garcia, M. et Dubé, R. (2017b). La réforme du droit criminel : une idée dont le temps est venu. Dans J. Desrosiers, M. Garcia et M.-È. Sylvestre (dir.), *Réformer le droit criminel au Canada : défis et possibilités* (p. 3-35). Yvon Blais.
- Garcia, M. et Dubé, R. (2019). L'évolution récente du concept d'indépendance judiciaire et les menaces internes à la détermination de la peine juste. *McGill Law Journal*, 64(3), 535-567. <https://doi.org/10.7202/1071749ar>
- Garland, D. (2011). The problem of the body in modern state punishment. *Social Research: An International Quarterly*, 78(3), 767-798. <https://doi.org/10.1353/sor.2011.0033>
- Gesualdi-Fecteau, D. et Guénette, L. (2021). Le recours à l'entretien dans la recherche en droit. Dans D. Gesualdi-Fecteau et E. Bernheim (dir.), *La recherche empirique en droit : méthodes et pratiques* (p. 81-103). Thémis.
- Glaser, B. G. et Strauss, A. L. (1967). *The discovery of grounded theory: Strategies for qualitative research*. Aldine de Gruyter.
- Godbout, E., Parent, C. et Saint-Jacques, M.-C. (2014). Le meilleur intérêt de l'enfant dont la garde est contestée : enjeux, contexte et pratiques. *Enfances Familles Générations*, 20, 168-188. <http://journals.openedition.org/efg/593>
- Goffman, E. (1968). *Asiles. Études sur la condition sociale des malades mentaux* (L. Lainé, trad.). Éditions de Minuit. (Ouvrage original publié en 1961)
- Goulette, N. W., Reitler, A. K., Frank, J., Flesher, W. et Travis, L. F. III (2014). Criminal justice practitioners' perceptions of collateral consequences of criminal conviction on offenders. *Criminal Justice Review*, 39(3), 290-304. <https://doi.org/10.1177/0734016814526752>
- Goulette, N. et Wooldredge, J. (2018). Collateral consequences of pretrial detention. Dans B. M. Huebner et N. A. Frost (dir.), *Handbook on the consequences of sentencing and punishment decisions* (p. 271-289). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780429466380>

- Grodecki, S. et Jeanneret, Y. (2017). L'expulsion judiciaire. Dans A.-S. Dupont et A. Kuhn (dir.), *Droit pénal – Évolutions en 2018* (p. 127-186). Helbing & Lichtenhahn.
- Hagan, J. et Dinovitzer, R. (1999). Collateral consequences of imprisonment for children, communities, and prisoners. *Crime and Justice*, 26, 121-162.
<https://doi.org/10.1086/449296>
- Hamelin, M. (1989). *Femmes et prison*. Éditions du Méridien.
- Hannem, S. N. (2008). *Marked by association: Stigma, marginalisation, gender and the families of male prisoners in Canada* [Thèse de doctorat, Carleton University]. Carleton University Institutional Repository. <https://doi.org/10.22215/etd/2009-06678>
- Hannem, S. (2011). Stigma and marginality: Gendered experiences of families of male prisoners in Canada. Dans A. Doyle et D. Moore (dir.), *Critical criminology in Canada: New voices, new directions* (p. 183-217). UBC Press. <https://doi.org/10.59962/9780774818360-009>
- Hannem, S. (2019). Déconstruire la stigmatisation des familles dans le discours sur les familles affectées par l'incarcération. *Criminologie*, 52(1), 225-245.
<https://doi.org/10.7202/1059547ar>
- Harcourt, B. E. (2008). *Against prediction: Profiling, policing, and punishing in an actuarial age*. University of Chicago Press.
- Hayes, D. (2019). *Confronting penal excess: Retribution and the politics of penal minimalism*. Bloomsbury Publishing.
- Heeren, M. (2016). *La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans les décisions prononcées à l'égard de parents détenus. Analyse de la problématique au regard de la pratique*. [Mémoire de maîtrise, Université catholique de Louvain]. DIAL.
<http://hdl.handle.net/2078.1/thesis:7360>
- Holt, S., Buckley, H. et Whelan, S. (2008). The impact of exposure to domestic violence on children and young people: A review of the literature. *Child Abuse & Neglect*, 32(8), 797-810. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2008.02.004>
- Hoskins, Z. (2019). *Beyond punishment? A normative account of the collateral legal consequences of conviction*. Oxford University Press.
- Hulsman, L. (1991). The abolitionist case: Alternative crime policies. *Israel Law Review*, 25(3-4), 681-709. <https://doi.org/10.1017/S0021223700010694>
- Iftene, A. (2019). *Punished for aging: Vulnerability, rights, and access to justice in Canadian penitentiaries*. University of Toronto Press.
- Jardine, C. (2019). *Families, imprisonment and legitimacy: The cost of custodial penalties*. Routledge.
- Jodouin, A. et Sylvestre, M.-È. (2009). Changer les lois, les idées, les pratiques : réflexions sur l'échec de la réforme de la détermination de la peine. *Les Cahiers de droit*, 50(3-4), 519-584. <https://doi.org/10.7202/039333ar>

- Johnston, D. (1995). Effects of parental incarceration. Dans K. Gabel et D. Johnston (dir.), *Children of incarcerated parents* (p. 59-88). Lexington Books.
- Kaiser, J. (2016). We know it when we see it: The tenuous line between “direct punishment” and “collateral consequences”. *Howard Law Journal*, 59(2), 341-372.
<https://ssrn.com/abstract=3248575>
- Kaminski, D. (2002). Les droits des détenus au Canada et en Angleterre : entre révolution normative et légitimation de la prison. Dans O. De Schutter et D. Kaminski (dir.), *L'institution du droit pénitentiaire : enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus* (p. 91-112). Bruylant L.G.D.J. Kaminski, D. (2007). L'éthique du réductionnisme et les solutions de rechange. *Criminologie*, 40(2), 89-101. <https://doi.org/10.7202/016853ar>
- Kaminski, D. (2008). Éditorial. *Journal du Droit des Jeunes*, (278), 1-2.
<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/Submissions/jdjb278.pdf>
- Kaminski, D. (2010). Droits des détenus, normalisation et moindre éligibilité. *Criminologie*, 43(1), 199-226. <https://doi.org/10.7202/044057ar>
- Kaminski, D. (2015). *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*. Érès.
<https://doi.org/10.3917/eres.kamin.2015.01>
- Kaminski, D. (2016). Des objets impénétrables à la connaissance ou des chercheurs rendus impuissants par leur désir de dévoilement ? *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique et Scientifique*, 3(16), 277-288. <http://hdl.handle.net/2078.1/177443>
- Kaminski, D. (2023). *Crimelight : épreuve*. Dikkop.
- Karmis, D. (1993). Cultures autochtones et libéralisme au Canada : les vertus médiatrices du communautarisme libéral de Charles Taylor. *Revue canadienne de science politique*, 26(1), 69-96. <https://doi.org/10.1017/S0008423900002468>
- Kerr, L. (2017). Sentencing Ashley Smith: How prison conditions relate to the aims of punishment. *Canadian Journal of Law and Society*, 32(2), 187-207.
<https://doi.org/10.1017/cls.2017.14>
- Kerr, L. (2019). How the prison is a black box in punishment theory. *University of Toronto Law Journal*, 69(1), 85-116. <https://doi.org/10.3138/utlj.2018-0017>
- Kerr, L. (2020). How sentencing reform movements impact women. Dans J. Roberts et D. Cole (dir.), *Sentencing in Canada: Essays in law, policy and practice* (p. 250-272). Irwin Law Inc.
- King, R. et Norgard, K. (1999). What about our families? Using the impact of death row defendants' family members as a mitigating factor in death penalty sentencing. *Florida State University Law Review*, 26(4), article 10.
<https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1391&context=lr>
- Kirk, D. S. (2019). The collateral consequences of incarceration for housing. Dans B. M. Huebner et N. A. Frost (dir.), *Handbook on the consequences of sentencing and punishment decisions* (p. 53-68). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780429466380>

- Kirk, D. S. et Wakefield, S. (2018). Collateral consequences of punishment: A critical review and path forward. *Annual Review of Criminology*, 1, 171-194. <https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-032317-092045>
- Knudsen, E. (2016). *The experiences of Canadian children of prisoners* [Thèse de doctorat, London School of Economics and Political Science, Royaume-Uni]. LSE Theses Online. http://etheses.lse.ac.uk/3501/1/Knudsen_The_Experiences_of_Canadian.pdf
- Knudsen, E. M. (2019). La curieuse invisibilité des enfants de détenus dans la politique canadienne de justice pénale. *Criminologie*, 52(1), 177-202. <https://doi.org/10.7202/1059545ar>
- Kolber, A. J. (2012). Unintentional punishment. *Legal Theory*, 18(1), 1-29. <https://doi.org/10.1017/S1352325211000218>
- Kruttschnitt, C. (2010). The paradox of women's imprisonment. *Daedalus*, 139(3), 32-42. https://doi.org/10.1162/daed_a_00021
- Labonté, S. (2017). La réception de la victime non punitive par le droit criminel au moment de déterminer la peine : une analyse de cas. Dans J. Desrosiers, M. Garcia et M.-È. Sylvestre (dir.), *Réformer le droit criminel au Canada : défis et possibilités/Criminal law reform in Canada: Challenges and possibilities* (p. 359-381). Yvon Blais.
- Labonté, S. (2019). *La construction judiciaire de la victime et de ses attentes dans la sentence du droit pénal : vers un nouveau fondement du droit de punir ?* [Thèse de doctorat, Université d'Ottawa]. uO Research. <http://dx.doi.org/10.20381/ruor-24030>
- Labonté, S. (2020). La relation entre le judiciaire et les victimes dans le contexte de la détermination de la peine au Canada : un enjeu pour l'évolution du droit criminel. *Revue Canadienne Droit et Société*, 35(1), 89-110. <https://doi.org/10.1017/cls.2020.1>
- Lacey, N. (1988). *State punishment: Political principles and community values*. Routledge.
- Lachambre, S. (2013). L'évolution des objectifs de la peine en droit canadien. Dans M. Vacheret et E. Jimenez (dir.), *La pénologie : réflexions autour de la peine et de son application* (p. 13-31). <https://doi.org/10.4000/books.pum.5548>
- Ladd, K. (2019). Introduction. Ce que faire sens veut dire : sanction pénale et questions de sens. Dans D. Bernard et K. Ladd (dir.), *Les sens de la peine* (p. 7-57). Presses de l'Université Saint-Louis. <https://doi.org/10.4000/books.pusl.25945>
- Laferrière, D. (2019). L'ambivalence de l'entourage des personnes délinquantes. *Criminologie*, 52(1), 73-96. <https://doi.org/10.7202/1059540ar>
- Lafortune, D., Barrette, M. et Brunelle, N. (2005). L'incarcération du père : expérience et besoins des familles. *Criminologie*, 38(1), 163-187. <https://doi.org/10.7202/011489ar>
- Landreville, P., Blankevoort, V. et Pires, A. P. (1981). *Les coûts sociaux du système pénal*. École de criminologie de l'Université de Montréal.

- Lanskey, C., Lösel, F., Markson, L. et Souza, K. (2018). Prisoners' families, penal power, and the referred pains of imprisonment. Dans R. Condry et P. Scharff Smith (dir.), *Prisons, punishment, and the family: Towards a new sociology of punishment* (p. 181-195). Oxford University Press. <https://doi.org/10.17863/CAM.77023>
- Laperrière, A. (1997). La théorisation ancrée (grounded theory) : démarche analytique et comparaison avec d'autres approches apparentées. Dans J. Poupart, J.-P. Deslauriers, L.-H. Groulx, A. Laperrière, R. Mayer et A. P. Pires (dir.), *La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques* (p. 309-340). Gaëtan Morin.
- Loeb, S. J., Steffensmeier, D. et Lawrence, F. (2008). Comparing incarcerated and community-dwelling older men's health. *Western Journal of Nursing Research*, 30(2), 234-249. <https://doi.org/10.1177/0193945907302981>
- Le Camus, J. (dir.). (2002). *Rester parents malgré la détention*. Érès.
- Le Quéau, P., Aillet, V., Dubéchet, P., Fronteau, A. et Olm, C. (2000, novembre). « *L'autre peine* » : enquête exploratoire sur les conditions de vie des familles de détenus (cahier de recherche n° C147). CRÉDOC. <https://www.credoc.fr/publications/lautre-peine-etude-exploratoire-sur-les-conditions-de-vie-des-familles-de-detenus>
- Lee, H., Porter, L. C. et Comfort, M. (2014). Consequences of family member incarceration: Impacts on civic participation and perceptions of the legitimacy and fairness of government. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 651(1), 44-73. <https://doi.org/10.1177/0002716213502920>
- Lefeuve Déotte, M. (2010). Foucault : le corps, le pouvoir, la prison. *Appareil*, (4). <https://doi.org/10.4000/appareil.901>
- Lehalle, S. (2007). Les droits des détenus et leur contrôle : enjeux actuels de la situation canadienne. *Criminologie*, 40(2), 127-145. <https://doi.org/10.7202/016856ar>
- Lehalle, S. (2017). Les proches : témoins, sujets, acteurs et experts de la sanction pénale malgré eux. *Porte ouverte*, 29(2), 20-22. https://asrsq.ca/assets/files/porte-ouverte/por_1702.pdf
- Lehalle, S. (2019a). Les sens et non-sens de la peine infligée à l'entourage des personnes détenues. Dans D. Bernard et K. Ladd (dir.), *Les sens de la peine* (p. 201-230). Presses de l'Université Saint-Louis. <https://doi.org/10.4000/books.pusi.25930>
- Lehalle, S. (2019b). Introduction : le ricochet carcéral chez les proches des personnes incarcérées. *Criminologie*, 52(1), 9-18. <https://doi.org/10.7202/1059536ar>
- Lehalle, S. et Beaulieu, M. (2019). Le « rôle » de mères de détenus : une maternité confrontée aux contraintes carcérales et aux attaques sociales. *Criminologie*, 52(1), 135-156. <https://doi.org/10.7202/1059543ar>
- Lehalle, S. et Plamondon-Dufour, L. (2021). *Le ricochet carcéral : les proches dans l'ombre des prisons et pénitenciers canadiens*. Université d'Ottawa. <https://www.prisonricochet.ca/rapport/>

- Lerer, T. (2013). Sentencing the family: Recognizing the needs of dependent children in the administration of the criminal justice system. *Northwestern Journal of Law and Social Policy*, 9(1), 24-57. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njlsp/vol9/iss1/2>
- Lippke, R. (2017). Punishment drift: The spread of penal harm and what we should do about it. *Criminal Law and Philosophy*, 11, 645-659. <https://doi.org/10.1007/s11572-016-9392-7>
- Logan, W. A. (2013). Informal collateral consequences. *Washington Law Review*, 88(3), 1103-1117. <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol88/iss3/7>
- Luhmann, N. (1985). *A sociological theory of law* (2^e éd. ; E. King-Utz et M. Albrow, trad.). Routledge. <http://dx.doi.org/10.4324/9780203796764>
- Luhmann, N. (2003). Organization. Dans T. Bakken et T. Hemes (dir.), *Autopoietic organization theory: Drawing on Niklas Luhmann's social system perspective* (p. 31-52). Copenhagen Business School Press.
- Luhmann, N. (2004). *Law as a social system* (K. A. Ziegert, trad.; F. Kastner, R. Nobles, D. Schiff et R. Ziegert, dir.). Oxford University Press. (Ouvrage original publié en 1993)
- Lutes, N. L. (2020). The role of defence counsel at sentencing. Dans D. Cole et J. Roberts (dir.), *Sentencing in Canada: Essays in law, policy, and practice* (p. 129-152). Irwin Law Inc.
- MacLeod, L. (1986). *Condamnés à la séparation : une étude des besoins et des problèmes des délinquants et de leurs enfants* (Rapport n° 1986-25). Sécurité publique, Solliciteur général du Canada, Secrétariat du Ministère. <http://www.securitepublique.gc.ca/lbrr/archives/hv%208886.c2%20m3%201986%20f-fra.pdf>
- Malacket, A. (2010). *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale* [Mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal]. Papyrus. <https://doi.org/1866/4837>
- Malacket, A. (2014). Des contours de l'intérêt de l'enfant à son instrumentalisation : exemple d'une réforme annoncée en matière d'adoption. *Revue de droit Université de Sherbrooke*, 44(2-3), 569-617. <http://doi.org/10.17118/11143/10203>
- Manikis, M. (2015). Victim impact statements at sentencing: Towards a clearer understanding of their aims. *University of Toronto Law Journal*, 65(2), 85-123. <https://doi.org/10.3138/UTLJ.2717>
- Manning, R. (2011). Punishing the innocent: Children of incarcerated and detained parents. *Criminal Justice Ethics*, 30(3), 267-287. <https://doi.org/10.1080/0731129X.2011.628830>
- Manzoni, P., Baier, D., Keller, S., Kamenowski, M., Ruchti, N., Rohrbach, J. et Lambelet, D. (2022, 24 octobre). *Die Situation von Kindern mit einem inhaftierten Elternteil in der Schweiz* [Situation des enfants dont l'un des parents est détenu en Suisse]. <https://digitalcollection.zhaw.ch/handle/11475/27946>
- Marchetti, A.-M. (2001). *Perpétuités. Le temps infini des longues peines*. Plon.

- Maroy, C. (1995). L'analyse qualitative d'entretiens. Dans F. Albarello, F. Digneffe, J. P. Hiernaux, C. Maray, D. Ruquoy et P. de Saint-Georges (dir.), *Pratiques et méthodes de recherche en sciences sociales* (p. 83-110). Armand Colin.
- Martuccelli, D. (2002). *Grammaires de l'individu*. Gallimard.
- Martuccelli, D., Rol, C., Roberge, J. et Sénéchal, Y. (2002). Autour de *Grammaires de l'individu* de D. Martuccelli. *Sociologie et sociétés*, 34(2), 233-242. <https://doi.org/10.7202/008143ar>
- Mary, P. (2013). *Enjeux contemporains de la prison*. Presses de l'Université Saint-Louis.
- Mary, P., Bartholeyns, F. et Béghin, J. (2006). La prison en Belgique : de l'institution totale aux droits des détenus ? *Déviance et Société*, 30(3), 389-404. <https://doi.org/10.3917/ds.303.0389>
- Mauer, M. (2006). *Race to incarcerate*. The New Press.
- Mauer, M. et Chesney-Lind, M. (dir.). (2002). *Invisible punishment: The collateral consequences of mass imprisonment*. The New Press.
- Mayeda, G. (2016). Squeezing Blood from the Stone: Narrative and Judicial Resistance to the Mandatory Victim Surcharge. *Canadian Criminal Law Review*, 21, 195-235. <https://www.proquest.com/docview/1852905349?accountid=14701&sourcetype=Scholarly%20Journals>
- McLean, J. (1995). Prévenues et détenues logées à la même enseigne, l'exemple des prisons de Burnaby et Tanguay. *Criminologie*, 28(2), 43-60. <https://doi.org/10.7202/017372ar>
- Mead, G. H. (1918, mars). The psychology of punitive justice. *American Journal of Sociology*, 23(5), 577-602. <https://doi.org/10.1086/212795>
- Meijer, S., Annison, H. et O'Loughlin, A. (dir.). (2019). *Fundamental rights and legal consequences of criminal conviction*. Hart ; Bloomsbury.
- Mégret, F. (2019). Pénalité et familles : à propos des victimes collatérales de la peine. Dans D. Bernard et K. Ladd (dir.), *Les sens de la peine* (p. 231-290). Presses de l'Université Saint-Louis. <https://doi.org/10.4000/books.pusl.25999>
- Melossi, D. (2015). *Crime, punishment and migration*. SAGE. <https://doi.org/10.4135/9781473920965>
- Mercure, D. (2005). Libéralisme et lien social : une analyse critique. *Cahiers internationaux de sociologie*, 119(2), 333-346. <https://doi.org/10.3917/cis.119.0333>
- Millar, H. et Dandurand, Y. (2018). The best interests of the child and the sentencing of offenders with parental responsibilities. *Criminal Law Forum*, 29, 227-277. <https://doi.org/10.1007/s10609-017-9340-9>
- Minson, S. (2015). Sentencing and dependents: Motherhood as mitigation. Dans J. V. Roberts (dir.), *Exploring sentencing practice in England and Wales* (p. 137-153). Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1057/9781137390400_8

- Minson, S. (2019). Direct harms and social consequences: An analysis of the impact of maternal imprisonment on dependent children in England and Wales. *Criminology & Criminal Justice*, 19(5), 519-536. <https://doi.org/10.1177/1748895818794790>
- Minson, S. (2020). *Maternal sentencing and the rights of the child*. Springer Nature.
- Minson, S. et Condry, R. (2015). The visibility of children whose mothers are being sentenced for criminal offences in the courts of England and Wales. *Law in Context*, 32, 28-45. <https://search.informit.org/doi/abs/10.3316/ielapa.041015300155029>
- Moldaver, M. (2020). Foreword. Dans D. Cole et J. Roberts (dir.), *Sentencing in Canada: Essays in law, policy, and practice* (p. xxiii-xxiv). Irwin Law Inc.
- Monkman, E. (2014). A new approach to the consideration of collateral consequences in criminal sentencing. *University of Toronto Faculty of Law Review*, 72(2), 38-74. <https://ca.vlex.com/vid/new-approach-to-the-636302777>
- Moreau, C. et Moreau, T. (2023). *Réflexion autour du seuil du désastre dans le champ de la répression du terrorisme* [Document inédit]. Conférence d'ouverture lors du Colloque International Commémoratif des 21 ans du Laboratoire de la *Chaire de Recherche du Canada en Traditions Juridiques et Rationalité Pénale* organisé à l'Université d'Ottawa le 28 septembre 2023.
- Murray, J. et Farrington, D. P. (2008). The effects of parental imprisonment on children. *Crime and Justice*, 37(1), 133-206. <https://doi.org/10.1086/520070>
- Murray, J., Farrington, D. P. et Sekol, I. (2012). Children's antisocial behavior, mental health, drug use, and educational performance after parental incarceration: A systematic review and meta-analysis. *Psychological bulletin*, 138(2), 175-210. <https://doi.org/10.1037/a0026407>
- Murray, J., Bijleveld, C., Farrington, D. P. et Loeber, R. (2014). *Effects of parental incarceration on children: Cross-national comparative studies*. American Psychological Association.
- Nations Unies. (2011, 30 septembre). *Comité des droits de l'enfant. Report and recommendations of the Day of General Discussion on "Children of incarcerated parents"*. www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/2011CRCDGDRReport.pdf
- Nations Unies. (2012, 20 mars). *Conseil des droits de l'homme. Dix-neuvième session, Point 3 de l'ordre du jour, Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement* (no A/HRC/19/L.31). https://digitallibrary.un.org/record/729490/files/A_HRC_19_L-31-FR.pdf
- Nations Unies. (2013, 29 mai). *Comité des droits de l'enfant. Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale* (art. 3, par. 1) (n° CRC/C/GC/14). https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.14_fr.doc

- Nations Unies. (2015, 26 février). *Comité des droits de l'enfant. Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse* (n° CRC/C/CHE/CO/2-4). https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/fr/dokumente/kinder/studien/uno_empfehlungen_02-2015.pdf.download.pdf/comite_des_droitsdelenfantdelonurecommandationspourlasuissefevri.pdf
- Ng, I. Y. H., Sarri, R. C. et Stoffregen, E. (2013). Intergenerational incarceration: Risk factors and social exclusion. *Journal of Poverty*, 17(4), 437-459. <http://dx.doi.org/10.1080/10875549.2013.833161>
- Noali, L. (2016). La peine après la peine. Le syndrome du sorti de prison. *Champ pénal*, 13. <https://doi.org/10.4000/champpenal.9314>
- Nonet, P. et Selznick, P. (1978). *Law and society in transition. Toward a responsive law*. Routledge.
- Norrie, A. (2014). *Crime, reason and history. A critical introduction to criminal law* (3^e éd.). Cambridge University Press.
- Office fédéral de la justice de la Confédération suisse. (2018). Kinder von Inhaftierten [Enfants de détenus]. #Prison-Info, 1, 4-28. <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/smv/prison-info/2018/2018-01-d.pdf>
- Office fédéral de la statistique. (2022). *Adultes : condamnations et personnes condamnées pour un délit ou un crime, Suisse et cantons [dès 2008]*. Confédération suisse. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/criminalite-droit-penal/justice-penale.assetdetail.22665306.html>
- Ouimet, R. [Rapport Ouimet]. (1969, 31 mars). *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. Justice pénale et correction : un lien à forger*. Imprimeur de la reine. https://publications.gc.ca/collections/collection_2021/sp-ps/JS52-1-1968-fra.pdf
- Paciocco, D. (2015). The law of minimum sentences: Judicial responses and responsibility. *Canadian Criminal Law Review*, 19(2), 173-229.
- Paillé, P. (1994). L'analyse par théorisation ancrée. *Cahiers de recherche sociologique*, (23), 147-181. <https://doi.org/10.7202/1002253ar>
- Paillé, P. et Mucchielli, A. (2021). *L'analyse qualitative en sciences humaines et sociales* (5^e éd.). Armand Colin.
- Parein, L. (2010). *La fixation de la peine. De l'homme coupable à l'homme capable* [Thèse de Doctorat, Université de Lausanne]. https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_8187A8B80A3B.P001/REF.pdf
- Parent, H. et Desrosiers, J. (2020). *Traité de droit criminel. Tome III : La peine* (3^e éd.). Thémis.
- Parker Follett, M. (2013). *Creative Experience*. Martino Fine Books. (Ouvrage original publié en 1924).
- Paugam, S. (2013). *Le lien social* (3^e éd.). Presses universitaires de France.

- Piazzesi, C., Blais, M. et Belleau, H. (2019). Frontières de l'intimité conjugale et familiale : de la théorie aux approches empiriques. *Enfances Familles Générations*, 34. <http://journals.openedition.org/efg/9806>
- Piccinato, M. P. (2004). *La reconnaissance préalable de culpabilité*. Groupe de la coopération internationale, ministère de la Justice. <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/pji-ilp/rpc-pb/rpc-pb.pdf>
- Pires, A. P. (1989). Analyse causale et récits de vie. *Anthropologie et Sociétés*, 13(3), 37-57. <https://doi.org/10.7202/015095ar>
- Pires, A. P. (1990). Le devoir de punir : le rétributivisme face aux sanctions communautaires. *Canadian Journal of Criminology*, 32(3), 441-460. <https://doi.org/10.3138/cjcrim.32.3.441>
- Pires, A. P. (1991). Éthiques et réforme du droit criminel : au-delà des philosophies de la peine. *Ethica*, 3(2), 47-78.
- Pires, A. P. (1995). La criminologie d'hier et d'aujourd'hui. Dans C. Debuyst, F. Digneffe, J.-M. Labadie et A. P. Pires (dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome I. Des savoirs diffus à la notion de criminel-né* (p. 13-67). Presses de l'Université de Montréal ; Presses de l'Université d'Ottawa ; De Boeck Université.
- Pires, A. P. (1997a). De quelques enjeux épistémologiques d'une méthodologie générale pour les sciences sociales. Dans J. Poupart, J.-P. Deslauriers, L.-H. Groulx, A. Laperrière, R. Mayer et A. P. Pires (dir.), *La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques* (p. 5-54). Gaëtan Morin éditeur.
- Pires, A. P. (1997b). Échantillonnage et recherche qualitative : essai théorique et méthodologique. Dans J. Poupart, J.-P. Deslauriers, L.-H. Groulx, A. Laperrière, R. Mayer et A. P. Pires (dir.), *La recherche qualitative : enjeux épistémologiques et méthodologiques* (p. 113-169). Gaëtan Morin éditeur.
- Pires, A. P. (2001a). La « ligne Maginot » en droit criminel : la protection contre le crime versus la protection contre le prince. *Revue de droit pénal et de criminologie*, 81(2), 145-170.
- Pires, A. P. (2001b). La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. *Sociologie et sociétés*, 33(1), 179-204. <https://doi.org/10.7202/001562ar>
- Pires, A. P. (2002). *La politique législative et les crimes à « double face » : éléments pour une théorie pluridimensionnelle de la loi criminelle (Drogues, prostitution, etc.)*. Chaire de recherche du Canada en Bijuridisme et justice pénale, Université d'Ottawa. <https://sencanada.ca/content/sen/Committee/371/ille/presentation/pires-f.pdf>
- Pires, A. P. (2004). La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux ? Dans D. Kaminski et M. Kokoreff (dir.), *Sociologie pénale : système et expérience* (p. 173-198). Érés.
- Pires, A. P. (2007). Une « utopie juridique » et politique pour le droit criminel moderne ? *Criminologie*, 40(2), 9-18. <https://doi.org/10.7202/016849ar>

- Pires, A. P. (2008a). Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne. Dans C. Debuyst, F. Digneffe et A. P. Pires (dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome 2 : la rationalité pénale et la naissance de la criminologie* (2^e éd., p. 1-52). Presses de l'Université de Montréal ; Presses de l'Université d'Ottawa ; De Boeck Université.
- Pires, A. P. (2008b). *Introduction aux théories de la peine* (Résumé du cours CRM 6760 Philosophie pénale, hiver 2008) [Document inédit]. Département de criminologie, Université d'Ottawa.
- Pires, A. P. (2008c). En guise de conclusion : un nœud gordien autour du droit de punir. Dans C. Debuyst, F. Digneffe et A. P. Pires (dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome 2 : la rationalité pénale et la naissance de la criminologie* (2^e éd., p. 241-254). Presses de l'Université de Montréal ; Presses de l'Université d'Ottawa ; De Boeck Université.
- Pires, A. P. (2008d). *Kant face à la justice criminelle*. Dans C. Debuyst, F. Digneffe et A. P. Pires (dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome 2 : la rationalité pénale et la naissance de la criminologie* (2^e éd., p. 175-240). Presses de l'Université de Montréal ; Presses de l'Université d'Ottawa ; De Boeck Université.
- Pires, A. P. (2012a). *L'énigme de l'échelle des peines en Occident : les droits de la personne, l'impunité et le paradoxe des « peines radicales »* [Document inédit].
- Pires, A. P. (2012b). Introduction. Les peines radicales : construction et « invisibilisation » d'un paradoxe. Dans I. Mereu (dir.), *La mort comme peine* (M. Rossi, trad. et adaptation ; p. 7-47). Larcier.
- Pires, A. P. (2013). Postface. Naissance et développement d'une théorie et ses problèmes de recherche. Dans R. Dubé, M. Garcia et M. R. Machado (dir.), *La rationalité pénale moderne : réflexions théoriques et explorations empiriques* (p. 289-323). Presses de l'Université d'Ottawa.
- Pires, A. P. (2017). *Lettre ouverte à Gunther Teubner. Repenser la reconstitution du (sous-système de) droit criminel en conjonction avec les Fragments constitutionnels de Gunther Teubner* [Document inédit].
- Pires, A. P. (2024, 23-27 octobre). [Notes inédites de l'exposé pour le 5^e cours sur « Une introduction à une théorie sur l'innovation pénale »]. École de Magistrature de Minas Gerais (EMAJS) en collaboration avec l'Association des Magistrats Mineiros (AMAGIS), Brésil.
- Pires, A. P. et Landreville, P. (1985). Les recherches sur les sentences et le culte de la loi. *L'Année sociologique* (1940/1948-), 35, 83-113. <https://www.jstor.org/stable/27889861>
- Pires, A. P., Landreville, P. et Blankevoort, V. (1981). Système pénal et trajectoire sociale. *Déviance et Société*, 5(4), 319-345. <https://doi.org/10.3406/ds.1981.1093>
- Poehlmann, J. et Eddy, J. M. (dir.). (2013). *Relationship processes and resilience in children with incarcerated parents*. Wiley-Blackwell.
- Poupart, J. (2002). Choix rationnel et criminologie : limites et enjeux. *Sociologie et sociétés*, 34(1), 133-145. <https://doi.org/10.7202/009753ar>

- Quennehen, M. (2019). Expérience carcérale et exercice de la paternité : le point de vue de pères détenus. *Champ pénal*, 16. <https://doi.org/10.4000/champpenal.10397>
- Mendonça Raupp, M. (2015). *La réforme pénale de 1984 au Brésil : pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à l'incarcération ?* [Thèse de doctorat, Université d'Ottawa]. Recherche uO. <http://dx.doi.org/10.20381/ruor-4161>
- Ricordeau, G. (2003, novembre). *La solidarité familiale à l'épreuve de l'incarcération. Une analyse comparative*. Mission de recherche Droit et Justice. <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/01-16-RF.pdf>
- Ricordeau, G. (2008). *Les détenus et leurs proches : solidarités et sentiments à l'ombre des murs*. Autrement.
- Ricordeau, G. (2012). Entre dedans et dehors : les parloirs. *Politix*, 97(1), 101-123. <https://doi.org/10.3917/pox.097.0101>
- Ricordeau, G. (2019a). « Faire son temps » et « attendre » : temporalités carcérales et temps vécu dedans et dehors. *Criminologie*, 52(1), 57-72. <https://doi.org/10.7202/1059539ar>
- Ricordeau, G. (2019b). *Pour elles toutes. Femmes contre la prison*. Lux.
- Ricordeau, G. (2019c). « Pas de mouvement abolitionniste sans nous ! » Manifeste pour les proches de détenu.e.s. *Criminocorpus*, 14. <https://doi.org/10.4000/criminocorpus.6866>
- Rivière, Y. (2017). Solidarité de la famille et responsabilité pénale dans le droit criminel romain. *L'Homme*, (223-224), 33-62. <https://doi.org/10.4000/lhomme.30688>
- Robert, P. (2001). Le citoyen, le crime et l'État. *Sociologie et sociétés*, 33(1), 7-26. <https://doi.org/10.7202/001644ar>
- Roberts, J. V. et Reid, A. A. (2017). Aboriginal incarceration in Canada since 1978: Every picture tells the same story. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 59(3), 313-345. <https://doi.org/10.3138/cjccj.2016.E24>
- Rocha Machado, M. et Pires, A. P. (2010). Intervention politique dans la sentence du droit ? Fondements culturels de la peine minimale. *Criminologie*, 43(2), 89-126. <https://doi.org/10.7202/1001771ar>
- Roman, P. (2016). Les relations parent-enfant en prison : entre attentes parentales et empêchements, une parentalité en souffrance. *Dialogue*, 211(1), 13-26. <https://doi.org/10.3917/dia.211.0013>
- Rossi, C. (2013). *Homicide : les proches des victimes*. L'Harmattan.
- Rossi, C. (2014). Les proches des victimes d'homicide face à la justice : le grand malentendu. *Les Cahiers de la Justice*, 3(3), 441-460. <https://doi.org/10.3917/cdlj.1403.0441>
- Rostaing, C. (1990). *Le quartier des mères de Fleury-Mérogis* [Mémoire de DEA inédit]. École des Hautes Études en Sciences Sociales, France.

- Rostaing, C. (2020). De la souffrance de l'enfermement aux souffrances plurielles générées par la prison. Dans R. Chazot et F. Violet (dir.), *La souffrance en prison* (p. 33-48). L'Harmattan.
- Rudnicki, C. (2021). Confronting the experience of imprisonment in sentencing: Lessons from the COVID-19 jurisprudence. *Canadian Bar Review*, 99(3), 469-487. <https://cbr.cba.org/index.php/cbr/article/view/4708>
- Salas, D. (1995). Vingt ans après, le grand silence. *Esprit*, (215), 104-116. <https://www.jstor.org/stable/24275923>
- Sanfilippo, S. G. et Varone, O. (2018). *Le lien parents – enfants à l'épreuve de la détention : une analyse des effets, des préoccupations et des besoins des familles par l'intermédiaire du travail d'accueillants bénévoles*. [Travail de recherche de Master, Université de Lausanne]. https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_S_27246.P001/REF.pdf
- Segal, J. A. (2001). Family ties and federal sentencing: A critique of the literature. *Federal Sentencing Reporter*, 13(5), 258-267. <https://doi.org/10.1525/fsr.2001.13.5.258>
- Sentencing Council for England and Wales. (2019, 1^{er} octobre). *General guideline: Overarching principles*. <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/magistrates-court/item/general-guideline-overarching-principles/>
- Seyler, M. (1985). *La consommation dans les établissements pénitentiaires : de la survie à la parole retrouvée* [Thèse de doctorat inédite]. École des Hautes Études en Sciences Sociales, France.
- Statistique Canada. (2023, 27 septembre). *Tableau 35-10-0030-01 Tribunaux de juridiction criminelle pour adultes, causes avec condamnation selon le type de peine*. <https://doi.org/10.25318/3510003001-fra>
- Stylios, A. (2021). Preuve et procédure. Dans J. Desrosiers, K. M'Seffar, M.-É. O'Brien, H. Parent et A. Stylios (dir.), *Détermination de la peine* (2^e éd.). LexisNexis.
- Sullivan, M. (2019). Les enfants de parents incarcérés aux États-Unis : une analyse qualitative. *Criminologie*, 52(1), 97-117. <https://doi.org/10.7202/1059541ar>
- Sumner, J. et Sexton, L. (2016). Same difference: The “dilemma of difference” and the incarceration of transgender prisoners. *Law & Social Inquiry*, 41(3), 616-642. <https://doi.org/10.1111/lsi.12193>
- Sykes, G. M. (1958). *The society of captives. A study of a maximum security prison*. Princeton University Press.
- Sykes, G. M. (2019). *La société des captifs. Une étude d'une prison de sécurité maximale* (D. Kaminski et P. Mary, trad. et augm.). Larcier. (Ouvrage original publié en 1958).
- Sylvestre, M.-É. (2010). Rethinking criminal responsibility for poor offenders: Choice, monstrosity, and the logic of practice. *McGill Law Journal*, 55(4), 771-817. <https://doi.org/10.7202/1000785ar>

- Sylvestre, M.-È., Bellot, C. et Chesnay, C. (2012). De la justice de l'ordre à la justice de la solidarité : une analyse des discours légitimateurs de la judiciarisation de l'itinérance au Canada. *Droit et société*, 81(2), 299-320. <https://doi.org/10.3917/drs.081.0299>
- Sylvestre, M.-È., Blomley, N. et Bellot, C. (2020). *Red zones: Criminal law and the territorial governance of marginalized people*. Cambridge University Press.
- Taché, P. Zimmermann, H. et Brisson, G. (2011). Pratiquer l'interdisciplinarité en droit : l'exemple d'une étude empirique sur les services de placement. *Les Cahiers de droit*, 52(3-4), 519-550. <https://doi.org/10.7202/1006696ar>
- Tata, C. (2020). *Sentencing: A social process*. Springer.
- Taylor, C. (1985). *Philosophy and the human sciences. Philosophical Papers 2*. Cambridge University Press.
- Teubner, G. (1989). How the law thinks: Toward a constructivist epistemology of law. *Law & Society Review*, 23(5), 727-757. <https://doi.org/10.2307/3053760>
- Thoits, P. A. (2011). Mechanisms linking social ties and support to physical and mental health. *Journal of Health and Social Behavior*, 52(2), 145-161. <https://doi.org/10.1177/0022146510395592>
- Touraut, C. (2012). *La famille à l'épreuve de la prison*. Presses universitaires de France.
- Touraut, C. (2013). Aux frontières des prisons : les familles de détenus. *Cultures & Conflits*, (90), 77-94. <https://doi.org/10.4000/conflits.18736>
- Touraut, C. (2014). Les proches de détenus et leurs rapports ordinaires au droit pénitentiaire. *Droit et Société*, 87(2), 375-392. <https://doi.org/10.3917/drs.087.0375>
- Touraut, C. (2019a). *Vieillir en prison. Punition et compassion*. Champs social éditions.
- Touraut, C. (2019b). L'expérience carcérale élargie : une peine sociale invisible. *Criminologie*, 52(1), 19-36. <https://doi.org/10.7202/1059537ar>
- Travis, J. (2002). Invisible punishment: An instrument of social exclusion. Dans M. Chesney-Lind et M. Mauer (dir.), *Invisible punishment: The collateral consequences of mass imprisonment* (p. 15-36). New Press. <https://archive.org/details/invisiblepunishm0000unse/page/n5/mode/2up>
- Turanovic, J. J., Rodriguez, N. et Pratt, T. C. (2012). The collateral consequences of incarceration revisited: A qualitative analysis of the effects on caregivers of children of incarcerated parents. *Criminology*, 50(4), 913-959. <https://doi.org/10.1111/j.1745-9125.2012.00283.x>
- Vacheret, M. (2005). Les visites familiales privées au Canada, entre réinsertion et contrôle accru : portrait d'un système. *Champ pénal*, 2. <https://doi.org/10.4000/champpenal.81>
- Vacheret, M. et Brassard, V. (2015). Le vécu des justiciables. Dans M. Vacheret et F. Prates (dir.), *La détention avant jugement au Canada : une pratique controversée* (p. 125-143). Les Presses de l'Université de Montréal. <https://doi.org/10.4000/books.pum.2943>

- Vacheret, M. et Lemire, G. (2007). *Anatomie de la prison contemporaine*. Les Presses de l'Université de Montréal.
- Van Campenhoudt, L., Marquet, J. et Quivy, R. (2017). *Manuel de recherche en sciences sociales* (5^e éd.). Dunod.
- Van Campenhoudt, L. et Quivy, R. (2011). *Manuel de recherche en sciences sociales* (4^e éd.). Dunod.
- Van de Kerchove, M. (2005). *Quand dire c'est punir. Essai sur le jugement pénal*. Presses de l'Université Saint-Louis.
- Van de Kerchove, M. (2009). *Sens et non-sens de la peine : entre mythe et mystification*. Presses de l'Université Saint-Louis.
- Vanhamme, F. (2009). *La rationalité de la peine. Enquête au tribunal correctionnel*. Bruylant.
- Vanhamme, F. (2013). Le rôle du juge et le pouvoir judiciaire. Dans M. Vacheret et E. Jimenez (dir.), *La pénologie : réflexions juridiques et criminologiques autour de la peine* (p. 33-47). Presses de l'Université de Montréal. <https://doi.org/10.4000/books.pum.5557>
- Vanhamme, F. (2016). Organisation sociale de la mise en liberté provisoire : des effets de profilage ? *Reflets*, 22(1), 28-55. <https://doi.org/10.7202/1037162ar>
- Vanhamme, F. et Beyens, K. (2007). La recherche en « sentencing » : un survol contextualisé. *Déviance et Société*, 31(2), 199-228. <https://doi.org/10.3917/ds.312.0199>
- Wakefield, S. et Wildeman, C. (2018). How much might mass imprisonment affect child inequality? Dans R. Condry et P. S. Smith (dir.), *Prisons, punishment and the family: Towards a new sociology of punishment?* (p. 58–72). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198810087.003.0004>
- Wandall, R. H. (2008). *Decisions to imprison. Court decision-making inside and outside the law*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315576152>
- Weller, J.-M. (2011). Comment décrire ce qu'on ne voit pas ? Le devoir d'hésitation des juges de proximité au travail. *Sociologie du Travail*, 53(3), 349-368. <https://doi.org/10.4000/sdt.8776>
- Whittle, T. N. (2019). The intended collateral consequences of felony convictions. Dans B. M. Huebner et N. A. Frost (dir.), *Handbook on the consequences of sentencing and punishment decisions* (p. 32-50). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780429466380>
- Wildeman, C. et Wakefield, S. (2014). The long arm of the law: the concentration of incarceration in families in the era of mass incarceration. *Journal of Gender, Race and Justice*, 17(2), 367-390.
- Wolleb, A., Spycher, M., Blaser, R., Felder, W. et Znoj, H. (2009). Eingewiesene und ihre familiären Kontakte im Zusammenhang mit dem Wohlbefinden. Eine explorative Studie [Personnes détenues et leurs contacts familiaux en lien avec le bien-être. Une étude exploratoire]. *Revue suisse de criminologie*, 2, 3-13.

TEXTES LÉGAUX

Canada :

Charte canadienne des droits et libertés, Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, ch. 11
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19

Suisse :

Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
Loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence du 23 mars 2007 (RO 2019 2273)
Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)

AUTRES DOCUMENTS

Comité des Ministres, Conseil de l'Europe [Recommandation 2018(5)]. (2018, 4 avril). *Recommandation CM/Rec(2018)5 du Comité des Ministres aux États membres concernant les enfants de détenus*, adoptée lors de la 1312^e réunion des Délégués des Ministres. <https://rm.coe.int/recommandation-cm-rec-2018-5-concernant-les-enfants-de-detenus-fra/16807b343b>

Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

Uniform Law Commission. (2010). *Collateral consequences of Conviction act*. <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/committee-archive-3?CommunityKey=74d9914f-f15e-49aa-a5b0-f15f6e5f258a&tab=librarydocuments>

JURISPRUDENCE

Canada

Cour suprême du Canada :

R. c. M. (C.A.), [1996] 1 RCS 500
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 RCS 817
R. c. Gladue, [1999] 1 RCS 688
R. c. Proulx, [2000] 1 RCS 61
R. c. Bunn, [2000] 1 RCS 183
R. c. Sharpe, [2001] 1 RCS 45
R. c. Craig, [2009] 1 RCS 762
R. c. Nasogaluak, [2010] 1 RCS 206

R. c. Ipeelee, [2012] 1 RCS 433
R. c. Pham, [2013] 1 RCS 739
R. c. Nur, [2015] 1 RCS 773
R. c. Lacasse, [2015] 3 RCS 1089
R. c. Lloyd, [2016] 1 RCS 130
R. c. Suter, [2018] 2 RCS 496
R. c. Friesen, [2020] 1 RCS 424

Cours d'appels :

R. v. Hamilton, 2004 CanLII 5549 (ON CA)
R. v. Spencer, 2004 CanLII 5550 (ON CA)
R. v. Newson, 2008 BCCA 28 (CanLII)
R. v. Collins, 2011 ONCA 182 (CanLII)
R. v. Kaneza, 2016 ABCA 411 (CanLII)
R. v. McDonald, 2016 NUCA 4 (CanLII)
Poirier c. R., 2018 QCCA 1803 (CanLII)
R. c. Sharma, 2019 ONCA 274 (CanLII)
McClelland c. R., 2020 QCCA 324 (CanLII)
R. v. Upright, 2020 ABCA 329 (CanLII)
R. v. L.C., 2022 ONCA 863 (CanLII)
R. c. G.G., 2023 QCCA 305 (CanLII)
Jean c. R., 2023 QCCA 983 (CanLII)
Jean c. R., 2024 QCCA 656 (CanLII)

Cours de première instance :

R. c. Stanberry, 2015 QCCQ 1097 (CanLII)
R. v. Colin Howe, 2015 NBQB 75 (CanLII)
R. v. Tattersall, 2016 BCPC 81 (CanLII)
R. v. Zhou, 2016 ONSC 3233 (CanLII)
R. c. Landry, 2016 QCCQ 16626 (CanLII)
Landry c. R., 2019 QCCQ 1390 (CanLII)
R. c. Obodzinski, 2019 QCCQ 1553 (CanLII)
R. c. Paulino Mercedes, 2019 QCCQ 3402 (CanLII)
R. c. Neeposh, 2020 QCCQ 1235 (CanLII)
R. c. Baptiste, 2020 QCCQ 1813 (CanLII)
R. c. Wiscutie, 2020 QCCQ 2439 (CanLII)
R. v. Boyde, 2021 NLSC 28 (CanLII)
R. c. Thomas, 2022 QCCQ 1977 (CanLII)
R. v. R. A., [2022] O.J. No. 6057 (C.J.)
R. c. Jean, 2023 QCCQ 4348 (CanLII)
R. v. Hussey-Rodrigues, 2024 ONSC 2671 (CanLII)

Suisse

Tribunal fédéral

ATF 143 IV 168
ATF 144 II 1

ATF 145 IV 161
arrêt 6B_143/2019 du 6 mars 2019
arrêt 8C_25/2018 du 19 juin 2018

Autre pays :

S. v. M., Case CCT 53/06 [2007] ZACC 18 (Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud).

Liste des annexes

Annexe 1 – Guide d’entretien – Juges

Annexe 2 – Guide d’entretien – Avocat-e-s

Annexe 3 – Lettre d’invitation

Annexe 4 – Formulaire de consentement

Annexe 5 – Certificat d’éthique

Annexe 1 : Guide d'entretien - juges

Introduction

- présentation de la chercheuse et remerciements pour avoir accepté de participer
- explications quant au déroulement de l'entretien :
 - Durée de la séance : environ 1h30
 - **Confidentialité** : Comme mentionné dans le formulaire de consentement que vous allez signer, les données qui seront recueillies seront traitées confidentiellement et l'anonymat sera respecté en tout temps, afin de vous donner une grande liberté de réflexion et d'expression pendant cet entretien. Si vous l'acceptez je vais enregistrer notre échange pour ne perdre aucune des opinions émises. Une pause de l'enregistrement ou un arrêt est possible en tout temps à votre demande.
 - **Lecture et signature du formulaire**
 - **Eventuelles questions avant de commencer l'enregistrement ?**

1) Présentation de la recherche

La recherche que je mène vise à comprendre la manière dont le droit criminel appréhende les proches des personnes condamnées pénalement. Les entretiens constituent une portion de la recherche avec laquelle je souhaite explorer les pratiques judiciaires en lien avec les proches, et les idées par rapport à ce thème, raison pour laquelle vous avez été invité-e à participer à cet entretien. La recherche s'intéresse en particulier au contexte de la [détermination/fixation] de la peine donc les questions de départ que j'ai préparées s'articulent autour de cette étape de la procédure, mais nous pourrons aussi en évoquer d'autres si vous l'estimez pertinent.

2) Présentation du type d'entretien

L'entretien que nous allons faire est de type « réflexif », c'est-à-dire que nous allons avoir ensemble une discussion autour du thème qui est au cœur de la recherche. J'ai préparé des questions de départ que j'aimerais explorer avec vous, mais la structure de l'entretien sera très libre : ce qui m'importe c'est votre perception des choses, c'est votre expérience professionnelle qui sera au cœur de nos échanges. Il n'y a pas de bonnes ou de mauvaises réponses, et l'ordre des questions est peu important car elles sont souvent reliées les unes aux autres.

N'hésitez pas à revenir en arrière, changer d'avis, reformuler ou ajouter des éléments de réflexion. Sentez-vous libre d'amener toute question ou commentaire liés aux thèmes qui seront abordés et d'approfondir des aspects vous intéressent personnellement.

1^e PARTIE (partie générale) – les proches et la détermination de la peine

1. Pour commencer, pourriez-vous me parler un peu de votre expérience professionnelle en lien avec la [détermination/fixation] de la peine ?
2. Comme vous l'avez compris, cette recherche s'intéresse aux proches des personnes condamnées, alors j'aimerais savoir pour vous, lorsqu'on parle des « proches », à quoi cette notion fait référence, dans le contexte de la détermination de la peine ?
3. Dans le cadre de votre expérience professionnelle, pourriez-vous me parler de situations plus marquantes que vous auriez pu rencontrer en lien avec les proches d'une personne condamnée ?

Certaines recherches scientifiques ont observé que les proches des personnes condamnées sont susceptibles d'éprouver des difficultés en lien avec l'infliction d'une peine.

4. D'après votre expérience professionnelle, **comment est-ce que vous percevez ce problème** ? Est-ce quelque chose auquel vous pensez lorsque vous infligez une peine ?
5. De manière générale, est-ce que les proches de l'auteur **font partie de votre raisonnement** dans le contexte de la détermination de la peine ? Pourriez-vous expliquer **pourquoi, et comment** ?
6. D'après votre expérience professionnelle, **quels éléments favorisent** (ou pourraient favoriser) la prise en considération des proches dans le contexte de la détermination/fixation de la peine ?
7. Dans le sens inverse, **quels éléments** (des idées, des pratiques, des contraintes de toute nature) **rendent difficile** la prise en considération des proches ?
8. Selon vous, **quels éléments faudrait-il « inventer »** pour en lien avec la prise en compte des proches dans le contexte de la fixation de la peine ?

2^e PARTIE - les enfants des personnes condamnées

J'aimerais maintenant que nous parlions plus spécifiquement de la situation des enfants des personnes condamnées. Le droit [criminel/pénal] témoigne d'une préoccupation accrue pour les enfants *touchés par une infraction*.

En revanche, les principes qui encadrent la [détermination/fixation] de la peine au Canada/en Suisse ne prévoient pas de règle spécifique relativement à la manière de considérer les enfants des personnes condamnées.

9. D'après votre expérience professionnelle, au moment de la détermination de la peine, la situation des enfants **est-elle connue du tribunal** ? Quel est le **canal d'information** à cet égard ?
10. Si non, posez-vous la question ? Quelles **informations sont pertinentes** pour vous ?

11. **Est-ce que le fait que la personne condamnée ait des enfants mineurs à sa charge joue un rôle dans la détermination de la peine ? Le cas échéant, quel est-il ?**

Plusieurs domaines du droit accordent une protection accrue aux enfants et aux relations parent-enfant. Par exemple en matière familiale, la décision de séparer un enfant de son parent est toujours envisagée en ultime recours, à titre exceptionnel (garde d'enfant, protection de la jeunesse). Il semble que le droit criminel appréhende autrement la séparation parent-enfant.

12. Selon vous, **comment doit-on comprendre la différence** qu'on peut observer entre le droit criminel/droit pénal et les autres domaines du droit ?

13. Pensez-vous que la **notion d'« intérêt de l'enfant »** ait un rôle à jouer dans le contexte de la détermination de la peine ? Pourquoi/dans quelle mesure ?

Conclusion

14. Auriez-vous **d'autres réflexions** que vous aimeriez partager avec moi ?

Merci beaucoup pour votre collaboration.

Annexe 2 : Guide d'entretien - avocat-e-s de la défense

Introduction

- présentation de la chercheuse et remerciements pour avoir accepté de participer
- explications quant au déroulement de l'entretien :
 - Durée de la séance : environ 1h30
 - **Confidentialité** : Comme mentionné dans le formulaire de consentement que vous allez signer, les données qui seront recueillies seront traitées confidentiellement et l'anonymat sera respecté en tout temps, afin de vous donner une grande liberté de réflexion et d'expression pendant cet entretien. Si vous l'acceptez je vais enregistrer notre échange pour ne perdre aucune des opinions émises. Une pause de l'enregistrement ou un arrêt est possible en tout temps.
 - **Lecture et signature du formulaire de consentement**
 - **Question avant de commencer l'enregistrement ?**

1) Présentation de la recherche

La recherche que je mène vise à mieux comprendre la manière dont le droit criminel appréhende les proches des personnes condamnées pénalement. Les entretiens constituent une portion de la recherche avec laquelle je souhaite explorer les pratiques judiciaires par rapport à ce thème, raison pour laquelle vous avez été invité à participer. La recherche s'intéresse en particulier au contexte de la [détermination/fixation] de la peine donc les questions de départ que j'ai préparées s'articulent autour de cette étape de la procédure, mais nous pourrions aussi en évoquer d'autres si vous l'estimez pertinent.

2) Présentation du type d'entretien

L'entretien que nous allons faire est de type « réflexif », c'est-à-dire que nous allons avoir ensemble une discussion autour du thème qui est au cœur de la recherche. J'ai préparé des questions de départ que j'aimerais explorer avec vous, mais la structure de notre entretien sera très libre : ce qui nous importe c'est votre perception des choses, c'est votre expérience professionnelle qui sera au cœur de nos échanges. Il n'y a pas de bonnes ou de mauvaises réponses, et l'ordre des questions est peu important car elles sont souvent reliées les unes aux autres.

N'hésitez pas à revenir en arrière, changer d'avis, reformuler ou ajouter des éléments de réflexion. Sentez-vous libre d'amener toute question ou commentaire liés aux thèmes qui seront abordés et d'approfondir des aspects vous intéressent personnellement.

1^e PARTIE (partie générale) – les proches et la détermination de la peine

1. Pour commencer, pourriez-vous me parler un peu de votre expérience professionnelle en lien avec la détermination de la peine ?
2. Comme vous l'avez compris, cette recherche s'intéresse aux proches des personnes condamnées, alors j'aimerais savoir à quoi cette notion fait référence, pour vous, dans le contexte de la détermination de la peine ?
3. Dans le cadre de votre expérience professionnelle, pourriez-vous me parler de situations plus marquantes que vous auriez pu rencontrer en lien avec les proches d'une personne condamnée ?

Certaines recherches scientifiques ont observé que les proches des personnes condamnées (comme leurs conjoints et leurs enfants) sont susceptibles d'éprouver des difficultés en lien avec l'infliction d'une peine.

4. D'après votre expérience professionnelle, **comment est-ce que vous percevez ce problème ?**

5. En tant que professionnel de la justice, est-ce que **les effets concrets** que la peine est susceptible de générer sont importants pour vous dans le contexte de la détermination/fixation de la peine ? De quelle nature est cette préoccupation ? Si non, pourriez-vous expliquer pourquoi ?
6. D'après votre expérience professionnelle, est-ce que vous pourriez identifier des **éléments qui favorisent** (ou pourraient favoriser) la prise en considération des proches dans le contexte des effets de la peine ?
7. Dans le sens inverse, selon vous, quels éléments (des idées, des pratiques, des contraintes de toute nature) **rendent difficile** la prise en considération des proches ?
8. Quand une situation se présente, avez-vous en mains les **outils nécessaires** pour faire valoir ces arguments substantiellement ? Selon vous, **quels éléments faudrait-il « inventer »** pour une meilleure prise en compte des proches ?

2e PARTIE - les enfants des personnes condamnées

J'aimerais maintenant que nous parlions plus spécifiquement des enfants des personnes condamnées. Le droit criminel/pénal témoigne d'une préoccupation particulière pour les enfants lorsqu'ils sont *touchés par une infraction criminelle*. En revanche, les principes qui encadrent la détermination/fixation de la peine au Canada/en Suisse ne prévoient aucune balise relativement à la manière de considérer les enfants de la personne reconnue coupable.

9. Dans votre pratique professionnelle, **évoquez-vous** la situation particulière des enfants au moment de la détermination de la peine ? De quelle manière ?
10. D'après votre expérience professionnelle, **est-ce que le fait que la personne condamnée ait des enfants à sa charge joue un rôle ?** Le cas échéant, quel est-il ?

11. Si ce facteur ne joue aucun rôle - ou qu'un rôle accessoire - **quels éléments** (des idées, des pratiques, des contraintes de toute nature) **rendent difficile la prise en considération de l'existence des enfants** au moment de la détermination/fixation de la peine ?

12. Dans le sens inverse, **quels éléments favorisent** (ou pourraient favoriser) la prise en considération des enfants à cette étape ?

Plusieurs domaines du droit (et cela vaut tant pour le droit suisse qu'international) accordent une protection accrue aux enfants et aux relations parent-enfant. Par exemple en matière familiale, la décision de séparer un enfant de son parent est toujours envisagée en ultime recours, à titre exceptionnel. Il semble que le droit criminel appréhende autrement la séparation parent-enfant.

13. Selon vous, **comment doit-on comprendre cette différence** ?

14. Pensez-vous que la **notion d'« intérêt de l'enfant »** ait un rôle à jouer dans le contexte de la détermination/fixation de la peine ? Vous arrive-t-il d'invoquer cette notion ?

Conclusion

15. Auriez-vous **d'autres réflexions** que vous aimeriez partager avec moi ?

Merci beaucoup pour votre collaboration.

Annexe 3 : Lettre d'invitation

Objet : Recherche sur le droit [criminel/pénal] - invitation à participer à un entretien

Madame, Monsieur,

Dans le cadre de ma thèse de doctorat en droit à l'Université d'Ottawa, je mène une recherche dont le titre est : *Les « effets de la peine » sur l'entourage des personnes condamnées : représentations et prise en considération lors de la détermination de la peine*. Cette recherche a été financée par le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada (CRSH) et par la Fondation Pierre Elliott Trudeau. Compte tenu de votre expérience en matière de droit [criminel/pénal], je souhaite solliciter par la présente votre participation à ce projet.

Le projet de recherche : En quelques mots, la recherche porte sur la façon dont les effets de la peine sur l'entourage des personnes condamnées sont considérés par le droit [criminel/pénal]. Plus particulièrement, elle cherche à mieux comprendre la relation entre les effets de la peine et la modération des peines. Dans le cadre de cette recherche, je réalise des entretiens avec des juges ou des ancien-ne-s juges, [...] et des avocat-e-s de la défense, cela en Suisse et au Canada.

La procédure et la nature de la participation : C'est en tant que professionnel-le du droit que je sollicite votre collaboration, qui se fait évidemment sur une base individuelle, libre et volontaire. Votre participation consistera à m'accorder un entretien d'une durée approximative d'une heure et demie sur les thèmes proposés. Si votre disponibilité ne le permettait pas, un entretien plus court sera également apprécié, le plus important pour moi étant de pouvoir compter sur votre participation à ce projet. Si vous acceptez, je me déplacerai selon vos disponibilités et à l'endroit de votre choix.

Confidentialité et anonymat : Si vous acceptez, votre participation sera sujette aux principes d'éthique qui régulent la recherche en droit et en sciences sociales. Cela signifie, entre autres, que votre anonymat sera strictement garanti, autant pour les fins de la recherche que lors des publications scientifiques qui en découleront. Toutes les données (enregistrements numériques, transcriptions et liste d'identification) seront conservées sur un espace protégé avec un mot de passe privé, accessible uniquement à la chercheuse.

Les thèmes : le contenu de l'entretien sera structuré autour des thèmes suivants : le rapport entre le droit [criminel/pénal] et les effets de la peine ; le lien entre la modération des peines, l'usage des droits de la personne et les effets de la peine ; la question des effets de la peine sur les proches des personnes condamnées.

Vous trouverez en pièce jointe l'approbation émise par le Comité d'éthique à la recherche de l'Université d'Ottawa relativement à cette recherche. N'hésitez pas à communiquer avec moi pour toute question. Ce serait un plaisir de pouvoir compter sur votre collaboration dans la réalisation de cette recherche.

Si vous acceptez, je vous remercie de me contacter par courriel ou par téléphone afin que nous fixions une rencontre pour mener l'entretien. De plus, si vous connaissez un-e confrère/conseur qui pourrait être intéressé-e à participer à cette recherche, n'hésitez pas à m'en informer.

Dans l'intervalle, je vous prie de croire, Madame, Monsieur, à l'expression de mes sentiments distingués.

Sophie de Saussure
Candidate au doctorat en droit
Faculté de droit, section de droit civil, Université d'Ottawa

adresse courriel institutionnelle
numéro de téléphone

Vous pouvez également contacter ma superviseure de thèse :

Margarida Garcia
Professeure agrégée, Faculté de droit et Faculté des sciences sociales
Vice-doyenne à la recherche et aux communications, section de droit civil
Université d'Ottawa, Bureau FTX 207

adresse courriel institutionnelle
numéro de téléphone

Annexe 4 : Formulaire de consentement

Chercheuse principale : Sophie de Saussure (Ph.D ca.)

adresses courriel et postale institutionnelles

numéro de téléphone

Superviseure : Pr. Margarida Garcia

adresses courriel et postale institutionnelles

numéro de téléphone

Titre du projet : *Les « effets de la peine » sur l'entourage des personnes condamnées : représentations et prise en considération lors de la détermination de la peine*

Invitation à participer : Je suis invité(e) à participer au projet de recherche nommé ci-haut, qui est menée par Sophie de Saussure, doctorante à la faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Ce projet est supervisé par Margarida Garcia, professeure agrégée à la Faculté de droit et à la Faculté des sciences sociales de l'Université d'Ottawa. Il a été financé par le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada (CRSH) et par la Fondation Pierre Elliott Trudeau.

But de l'étude : L'objectif général de l'étude est de faire avancer les connaissances et, en particulier, de permettre de mieux comprendre les rapports que le droit criminel entretient avec les effets des peines sur l'entourage des personnes condamnées. Plusieurs entretiens comme celui-ci seront menés au Canada et en Suisse, avec des juges [...] et des avocat-e-s de la défense.

Implication de la participation : Ma collaboration au projet de recherche consistera essentiellement à participer à un entretien avec la chercheuse principale d'environ une heure et demie, qui aura lieu au moment et au lieu que j'ai choisi, et durant lequel je serai appelé-e à m'exprimer sur mon expérience professionnelle relativement à la [détermination/fixation] des peines, en lien avec les effets des peines sur l'entourage des

personnes condamnées. Cet entretien sera enregistré, si je l'accepte, afin de faciliter l'analyse des données.

Risques et inconvénients : Aucun risque n'est envisagé puisque les informations demandées se situent sur le plan des idées professionnelles.

Avantages : En partageant mon expérience et mes connaissances, ma participation à la recherche permettra de contribuer au développement des connaissances scientifiques sur la détermination des peines, notamment eu égard aux effets des peines sur l'entourage des personnes condamnées.

Confidentialité et anonymat : J'ai l'assurance de la chercheuse principale que l'information que je partagerai avec elle restera strictement confidentielle. Elle, ainsi que sa superviseuse, pourront utiliser les données recueillies durant l'entretien pour des fins de recherche et de publication, selon le respect de la confidentialité sans jamais divulguer mon nom ou des renseignements personnels qui peuvent conduire à mon identification, à l'exception de mon statut professionnel (juge, procureur-e ou avocat-e). Je comprends que les données recueillies seront anonymisées au moyen de pseudonymes et de codes d'identification, afin de minimiser tout risque d'identification et de garantir la confidentialité de ma participation.

Conservation des données : Les enregistrements audio et la liste permettent de relier les noms des participants aux entretiens (liste d'identification) seront conservés de façon sécuritaire sur un ordinateur protégé par un mot de passe, et sur un disque dur crypté situé dans un cabinet verrouillé dans le bureau professionnel de la chercheuse principale.

Le contenu intégral électronique des enregistrements et les transcriptions, dépourvus de toute indication directe et explicite pouvant amener à l'identification des personnes interviewées, ainsi que la liste d'identification seront conservés par la chercheuse principale pour une durée minimale de 5 ans après le dépôt de la thèse.

Participation volontaire : J'accepte volontairement d'apporter ma collaboration au projet de recherche. Je peux demander en tout temps d'interrompre ou de suspendre l'enregistrement. De plus, je suis libre de me retirer en tout temps, et/ou de refuser de répondre à certaines questions, sans explication et sans conséquence négative. Si je choisis de me retirer de l'étude, ou si je décide de me retirer de l'entretien avant qu'il ne soit terminé, je pourrai décider si les données fournies jusqu'au moment de mon départ seront incluses dans la recherche, ou si elles seront détruites (l'enregistrement sera effacé et mon nom sera supprimé de la liste d'identification).

Acceptation : Je (LETTRES MOULEES), _____,
accepte de participer à cette recherche menée par Sophie de Saussure de l'Université
d'Ottawa, Faculté de droit, laquelle recherche est supervisée par Margarida Garcia.

☐ J'accepte que l'entretien soit enregistré.

☐ Je n'accepte pas que l'entretien soit enregistré.

Pour tout renseignement additionnel concernant cette étude, je peux communiquer avec
la chercheuse principale ou sa superviseure. Pour tout renseignement sur les aspects
éthiques de cette recherche, je peux m'adresser au Responsable de l'éthique en
recherche, Université d'Ottawa, Pavillon Tabaret, 550, rue Cumberland, pièce 154,
Ottawa, ON, Canada, K1N 6N5, +1(613) 562-5387 ou ethique@uottawa.ca.

Il y a deux copies du formulaire de consentement, dont une copie que je peux garder.

Signé à _____ en duplicata, ce _____.

(participant-e)

(chercheuse)

Annexe 5 : Certificat d'éthique

28/02/2022

Université d'Ottawa
Bureau d'éthique et d'intégrité de la recherche

University of Ottawa
Office of Research Ethics and Integrity

CERTIFICAT D'APPROBATION ÉTHIQUE | CERTIFICATE OF ETHICS APPROVAL

Numéro du dossier / Ethics File Number
Titre du projet / Project Title

S-11-19-4693
Les «effets de la peine» sur
l'entourage des personnes
condamnées: représentations et
prise en considération lors de la
détermination de la peine

Type de projet / Project Type

Thèse de doctorat / Doctoral
thesis

Statut du projet / Project Status

Renouvelé / Renewed

Date d'approbation (jj/mm/aaaa) / Approval Date (dd/mm/yyyy)

20/02/2020

Date d'expiration (jj/mm/aaaa) / Expiry Date (dd/mm/yyyy)

19/02/2023

Équipe de recherche / Research Team

Chercheur / Researcher	Affiliation	Role
Sophie DE SAUSSURE	Faculté de droit - Section de droit civil / Faculty of Law - Civil Law Section	Chercheur Principal / Principal Investigator
Margarida GARCIA	Faculté de droit - Section de droit civil / Faculty of Law - Civil Law Section	Superviseur / Supervisor

Conditions spéciales ou commentaires / Special conditions or comments

550, rue Cumberland, pièce 154 550 Cumberland Street, Room 154
Ottawa (Ontario) K1N 6N5 Canada Ottawa, Ontario K1N 6N5 Canada

613-562-5387 • 613-562-5338 • ethique@uOttawa.ca / ethics@uOttawa.ca
www.recherche.uottawa.ca/deontologie | www.recherche.uottawa.ca/ethics

Université d'Ottawa

Bureau d'éthique et d'intégrité de la recherche

University of Ottawa

Office of Research Ethics and Integrity

Le Comité d'éthique de la recherche (CÉR) de l'Université d'Ottawa, opérant conformément à l'*Énoncé de politique des Trois conseils* (2014) et toutes autres lois et tous règlements applicables, a examiné et approuvé la demande d'éthique du projet de recherche ci-nommé.

L'approbation est valide pour la durée indiquée plus haut et est sujette aux conditions énumérées dans la section intitulée "Conditions Spéciales ou Commentaires". Le formulaire « Renouvellement ou Fermeture de Projet » doit être complété quatre semaines avant la date d'échéance indiquée ci-haut afin de demander un renouvellement de cette approbation éthique ou afin de fermer le dossier.

Toutes modifications apportées au projet doivent être approuvées par le CÉR avant leur mise en place, sauf si le participant doit être retiré en raison d'un danger immédiat ou s'il s'agit d'un changement ayant trait à des éléments administratifs ou logistiques du projet. Les chercheurs doivent aviser le CÉR dans les plus brefs délais de tout changement pouvant augmenter le niveau de risque aux participants ou pouvant affecter considérablement le déroulement du projet, rapporter tout événement imprévu ou indésirable et soumettre toute nouvelle information pouvant nuire à la conduite du projet ou à la sécurité des participants.

The University of Ottawa Research Ethics Board, which operates in accordance with the *Tri-Council Policy Statement* (2014) and other applicable laws and regulations, has examined and approved the ethics application for the above-named research project.

Ethics approval is valid for the period indicated above and is subject to the conditions listed in the section entitled "Special Conditions or Comments". The "Renewal/Project Closure" form must be completed four weeks before the above-referenced expiry date to request a renewal of this ethics approval or closure of the file.

Any changes made to the project must be approved by the REB before being implemented, except when necessary to remove participants from immediate endangerment or when the modification(s) only pertain to administrative or logistical components of the project. Investigators must also promptly alert the REB of any changes that increase the risk to participant(s), any changes that considerably affect the conduct of the project, all unanticipated and harmful events that occur, and new information that may negatively affect the conduct of the project or the safety of the participant(s).

Safaa LAMHOUEB

Coordonnateur de l'éthique / Ethics Coordinator

Pour/For **Barbara GRAVES** Président(e) du/ Chair of the **Comité d'éthique de la recherche en sciences sociales et humanités / Social Sciences and Humanities Research Ethics Board**

550, rue Cumberland, pièce 154 550 Cumberland Street, Room 154
Ottawa (Ontario) K1N 6N5 Canada Ottawa, Ontario K1N 6N5 Canada

613-562-5387 • 613-562-5338 • ethique@uOttawa.ca / ethics@uOttawa.ca
www.recherche.uottawa.ca/deontologie | www.recherche.uottawa.ca/ethics