

La construction judiciaire de la victime et de ses attentes dans la sentence du droit pénal : vers un nouveau fondement du droit de punir?

Sébastien Labonté

Thèse présentée à la
Faculté des études supérieures et postdoctorales
Dans le cadre du programme de doctorat en criminologie
En vue de l'obtention du grade de docteur

Département de criminologie
Faculté des sciences sociales
Université d'Ottawa

*À mes enfants,
Juliette et Édouard*

Ne cessez jamais de vous épanouir

Résumé

Notre recherche nous amène à nous intéresser à la détermination de la peine et à la manière dont les juges mobilisent, à ce stade des procédures, les inputs des victimes qui y sont fréquemment observées. À la fin des années 1980, le rôle de la victime dans les procédures judiciaires s'est étendu de la victime-témoin de l'acte (témoin traditionnel) à celui de la victime-témoin de l'impact.

Le contexte théorique de cette recherche est celui d'une combinaison de la théorie des systèmes autoréférentiels de Niklas Luhmann et de la théorie de la rationalité pénale moderne d'Alvaro P. Pires. Le système judiciaire, désignant ici les tribunaux ayant compétence en matière criminelle et pénale, est compris comme un système *opérationnellement clos* sur lui-même, mais *cognitivement ouvert sur son environnement* (Luhmann, 1992).

À l'intérieur de ce cadre théorique, l'ouverture cognitive du système judiciaire, au moment de déterminer la peine, est structurellement déterminée par les théories de la peine formant le système d'idée de la *rationalité pénale moderne* (RPM) (Pires, 2008). La relation que le système judiciaire développe avec les victimes d'actes criminels serait alors soumise hypothétiquement à l'influence de cette rationalité juridique. Ainsi, plutôt que de voir les victimes comme étant hostiles en elles-mêmes, *nous voulons explorer l'influence du système dans la sélection et la mise en forme d'un discours victimaire répressif*.

L'hypothèse générale que nous avons testée dans notre recherche suggère que cette récente considération judiciaire pour les victimes est cognitivement encadrée par la RPM et potentiellement par une nouvelle théorie de la peine, différente de celles présentement stabilisées dans l'univers cognitif de la RPM. Encore mal cernée conceptuellement, cette nouvelle théorie s'observerait néanmoins empiriquement à partir d'effets qui ne peuvent être attribuables aux théories de la peine classiques.

Sous l'effet de cette nouvelle théorie de la peine, la considération judiciaire entraînerait le risque d'une aggravation du problème que Pires (2002a) a formulé dans les termes de la « non-évolution » du droit criminel moderne. La thèse de la non-évolution suggère une tendance historiquement observable dans laquelle le droit criminel associe son identité systémique et sa différenciation identitaire à l'institutionnalisation de sentences afflictives et/ou génératrices d'exclusion sociale, complexe cognitif dans lequel la peine de prison continue d'agir comme la peine de référence (Foucault, 1975).

Sur le plan méthodologique, la présente thèse privilégie une analyse discursive à partir de la jurisprudence canadienne. Ce matériau de recherche a été privilégié étant donné que nous nous intéressons à l'état du droit criminel du point de vue de sa relation avec les victimes. Comme le système judiciaire en est un qui fait un certain usage de l'écriture pour stabiliser ses opérations, la jurisprudence représente un accès privilégié à notre objet d'étude.

Nos résultats de recherche montrent qu'une sémantique de la victime est en train de complexifier l'ordre interne de la RPM. Lors de l'évaluation de la gravité de l'infraction, les inputs des victimes multiplient les facteurs aggravants influençant directement la sévérité de la sanction.

Par ailleurs, malgré le fait que les victimes d'actes criminels n'aient pas le statut officiel de partie lésée, la recherche tend à démontrer une pratique judiciaire qui consiste à traduire certaines attentes victimaires en « information audible » (Bateson, 1977) lors de la détermination de la peine. Les sanctions criminelles seraient modulées pour répondre – à l'intérieure de certaines limites que la présente recherche tente de débusquer – aux attentes ou aux besoins des victimes. En ce sens, la peine ne s'adresse plus seulement aux condamnés, mais aussi aux victimes ou du moins à la manière dont le système judiciaire se la représente.

Cependant, toutes les attentes victimaires ne sont pas traitées de la même manière. Certaines sont inadmissibles – c'est le cas des demandes de (trop) peines sévères et des attentes de *closure psychologique* – alors que d'autres le sont – c'est le cas des demandes de clémences et de certaines demandes de peines sévères, des attentes de dédommagement, des attentes de quiétude/protection et des attentes de *closure procédural*. Cette *réception différentielle des attentes victimaires* tend à « objectiver », au sens de rendre visible, un effet de filtrage des inputs victimaires par le système judiciaire.

Au terme de cette recherche, l'observation de la relation entre le système judiciaire et les victimes d'actes criminels suggèrent que les tribunaux canadiens déploient des efforts pour valoriser ou reconnaître les victimes d'actes criminels comme des individus lésés ayant des attentes légitimes en matière de justice criminelle. Toutefois, cette reconnaissance judiciaire ne remet pas en question la logique punitive du droit criminel, même lorsque la victime demande explicitement la clémence.

Remerciements

Cette thèse n'aurait pas été possible sans le soutien de certaines personnes et de certaines organisations qui me sont chères. Sur le plan financier, je suis redevable à trois sources de financement. D'abord, j'aimerais remercier Richard Dubé et Margarida Garcia pour l'aide financière provenant de leur subvention de recherche et sur laquelle j'ai pu compter dès le tout début du doctorat. Ensuite, j'aimerais remercier Alvaro Pires ainsi que la *Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale* pour l'aide financière et pour les opportunités de recherche fort stimulantes. J'aimerais également remercier le Gouvernement de l'Ontario pour le support financier inattendu pour l'année 2017-2018.

Sur le plan interpersonnel, il y a de nombreuses personnes qui me tiennent à cœur et que j'aimerais remercier pour leur soutien tout au long de mon cheminement. À cet égard, j'aimerais sincèrement remercier mon superviseur de thèse, Richard Dubé, qui m'a toujours encouragé à me surpasser. Richard, par où commencer? Cela fait environ dix ans que nous nous connaissons. Cette décennie aura été marquée par une aventure stimulante et gratifiante sur le plan intellectuel et humain. J'ai trouvé en toi le meilleur de ce qu'un doctorant peut demander en termes de superviseur. À cet effet, je te remercie pour les nombreuses lectures, pour tes commentaires lumineux, pour tes conseils toujours judicieux et ta clairvoyance. Ton support inconditionnel m'a permis d'arriver à bon port et je te serai toujours reconnaissant pour cela.

J'aimerais remercier Margarida et Alvaro de leur intérêt envers ma recherche, des rencontres et des discussions stimulantes qui ont contribué à forger la présente thèse. Vous côtoyer au cours des dernières années aura été pour moi un réel privilège. Je voudrais également remercier Françoise Vanhamme et Catherine Rossi d'avoir accepté d'agir à titre de jury de cette thèse.

Je suis également reconnaissant envers mes collègues de la « *Chaire* » que j'ai pu croiser tout au long de ce projet. En plus d'être un véritable carrefour d'« idées », la Chaire a également été, par l'intermédiaire de ses membres, une fenêtre ouverte sur le monde. J'aimerais saluer tout spécialement Gérald Pelletier ainsi que les « mamans » de la chaire, Carmen et Sophie.

Je tiens à remercier chaleureusement ma conjointe pour son soutien inconditionnel face aux épreuves que j'ai pu rencontrer tout au long du doctorat, pour son regard extérieur et sa manière de me faire comprendre que je suis plus fort que je ne le pense. Merci ma chérie!

Finalement, j'aimerais glisser un mot pour mes petits marmots. Le doctorat a aussi été pour moi une expérience de ralentissement du rythme de la vie. Ce ralentissement m'a permis de *prendre le temps* de profiter des petits moments qui me tenaient à cœur. Au cours de cette aventure, j'ai vraiment pu vous voir grandir quotidiennement, de vos premiers mots à vos premiers pas, et ce, deux fois plutôt qu'une! Ces doux moments resteront gravés à jamais dans ma mémoire. Juliette et Édouard, cette thèse, je vous la dédie.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	V
INTRODUCTION	1
CHAPITRE 1 – PROBLÉMATIQUE ET CONTEXTE THÉORIQUE	6
1.1. L’INCLUSION DES VICTIMES D’ACTES CRIMINELS À L’ÉTAPE DE LA DÉTERMINATION DE LA PEINE	8
1.1.1. <i>La déclaration de la victime</i>	<i>8</i>
1.1.2. <i>La codification des objectifs de la peine et les victimes d’actes criminels</i>	<i>11</i>
1.1.3. <i>De la victime-témoin de l’acte à la victime-témoin de l’impact.....</i>	<i>16</i>
1.2. LE CONTEXTE THÉORIQUE DE LA RECHERCHE	20
1.2.1. <i>Le concept de victime.....</i>	<i>21</i>
1.2.1.1. <i>La distinction médium/forme</i>	<i>26</i>
1.2.1.2. <i>La victime d’actes criminels comme un construit sémantique.....</i>	<i>27</i>
1.2.2. <i>Le concept de « système judiciaire »</i>	<i>40</i>
1.2.2.1. <i>Le système judiciaire et le système de droit criminel comme des systèmes sociaux</i>	<i>41</i>
1.2.2.2. <i>Le système judiciaire comme un système autoréférentiel.....</i>	<i>43</i>
1.2.2.3. <i>Le programme de la rationalité pénale moderne et l’exclusion des victimes</i>	<i>48</i>
1.2.2.3.1. <i>La théorie de la rétribution.....</i>	<i>50</i>
1.2.2.3.2. <i>La théorie de la dissuasion</i>	<i>54</i>
1.2.2.3.3. <i>La théorie de la réhabilitation en milieu carcéral et en milieu ouvert</i>	<i>60</i>
1.2.2.3.4. <i>La théorie de la dénonciation</i>	<i>67</i>
1.2.2.3.5. <i>Remarques conclusives autour du programme de la rationalité pénale moderne</i>	<i>71</i>
1.2.3. <i>Les concepts d’« évolution » et de « non-évolution »</i>	<i>73</i>
1.2.3.1. <i>La distinction entre le simple changement et l’évolution.....</i>	<i>73</i>
1.2.3.2. <i>Les changements significatifs à l’observation de l’évolution.....</i>	<i>75</i>
1.2.3.3. <i>Les conditions de réalisation de l’évolution selon la théorie de la rationalité pénale moderne</i>	<i>76</i>
1.2.3.4. <i>La théorie de l’évolution identitaire du système de droit criminel.....</i>	<i>79</i>
1.3. LE PROBLÈME, LA QUESTION ET LES HYPOTHÈSES DE RECHERCHE.....	85
CHAPITRE 2 - MÉTHODOLOGIE	87
2.1. CONSIDÉRATIONS MÉTHODOLOGIQUES GÉNÉRALES	88
2.1.1. <i>Une recherche qualitative</i>	<i>90</i>
2.1.2. <i>L’analyse documentaire comme technique de recherche</i>	<i>91</i>
2.1.3. <i>Posture épistémologique</i>	<i>93</i>
2.1.3.1. <i>L’épistémologie traditionnelle face à une impasse?</i>	<i>94</i>
2.1.3.2. <i>En guise d’alternative : une théorie transdisciplinaire de l’observation.....</i>	<i>99</i>
2.2. LA CONSTITUTION DE L’ASSISE EMPIRIQUE DE LA RECHERCHE.....	113
2.2.1. <i>Échantillon, univers de travail et le modèle de notre recherche.....</i>	<i>113</i>
2.2.1.1. <i>Le corpus empirique</i>	<i>117</i>
2.2.1.2. <i>La sélection des décisions judiciaires</i>	<i>118</i>
2.3. MÉTHODE D’ANALYSE DES DONNÉES.....	124
2.3.1. <i>L’analyse de contenu ou l’analyse de discours?.....</i>	<i>125</i>
2.3.2. <i>L’étape préparatoire.....</i>	<i>126</i>
2.3.3. <i>L’étape de l’analyse verticale.....</i>	<i>128</i>
2.3.3.1. <i>Les catégories d’analyse</i>	<i>129</i>
2.3.3.1.1. <i>La catégorie « victime ».....</i>	<i>129</i>
2.3.3.1.2. <i>La catégorie « input victimaire »</i>	<i>130</i>
2.3.3.1.3. <i>La catégorie « rétribution »</i>	<i>130</i>

2.3.3.1.4. La catégorie « dissuasion »	131
2.3.3.1.5. La catégorie « réhabilitation »	131
2.3.3.1.6. La catégorie « dénonciation »	131
2.3.3.1.7. La catégorie « neutralisation »	132
2.3.3.1.8. La catégorie « autres observations »	132
2.3.4. L'analyse transversale	132
2.3.5. L'étape de l'introduction des inférences	133
CHAPITRE 3 – LA VARIÉTÉ DES INPUTS VICTIMAIRES ET LEURS RÉCEPTIONS	135
3.1. LA VARIÉTÉ DES ATTENTES VICTIMAIRES ET LEUR COMPLEXITÉ	137
3.1.1. Les attentes victimaires à l'égard de la peine	138
3.1.1.1. Les attentes de clémence, de modération et de pardon	140
3.1.1.2. Les attentes punitives ou répressives	143
3.1.2. L'attente de quiétude et/ou de protection	152
3.1.3. L'attente de dédommagement	160
3.1.4. L'attente de closure	166
3.1.5. Conclusion : la complexité des attentes victimaires	172
3.2. LA MISE EN FORME DES ATTENTES VICTIMAIRES SOUS FORME D'INPUTS JURIDIQUES	173
3.2.1. La réception des torts subis par les victimes	175
3.2.1.1. L'observation du concept de gravité de l'infraction par les tribunaux	177
3.2.2. La construction de la gravité de l'infraction et les victimes	188
3.2.3. Les torts subis par les victimes... une nouveauté?	192
3.2.4. Un nouveau mécanisme de construction de la gravité?	197
3.3. DE LA RÉPRESSION À LA CLÉMENCE : LA RÉCEPTION JURIDIQUE DES ATTENTES VICTIMAIRES À L'ÉGARD DE LA PEINE	199
3.3.1. La réception des attentes victimaires à l'égard de la peine	202
3.3.1.1. La réception des demandes de peines sévères	202
3.3.1.2. La réception des demandes de peines justes et équitables	213
3.3.1.3. La réception des demandes de peines clémentes des victimes et leurs conditions d'émergence	221
i) La réception des demandes de clémence, de modération et de pardon	223
ii) Les conditions d'émergence des demandes de clémence	237
3.4. LA RÉCEPTION DES ATTENTES DE QUIÉTUDE ET/OU DE PROTECTION	251
3.5. LA RÉCEPTION DES ATTENTES DE DÉDOMMAGEMENT	263
3.6. LA RÉCEPTION DES ATTENTES DE CLOSURE	275
3.7. DISCUSSION : VERS UN NOUVEAU FONDEMENT DU DROIT DE PUNIR?	288
3.7.1. La reconnaissance des torts subis par les victimes	289
3.7.2. La reconnaissance de la dignité humaine de la victime	293
3.7.3. L'émergence d'un nouveau droit aux victimes?	297
3.7.2. Remarques finales	301
4. CONCLUSION	302
BIBLIOGRAPHIE	310
JURISPRUDENCE CITÉES	322

Liste des figures

FIGURE 1 - L'OBSERVATION DE LA VICTIME INDIRECTE	36
FIGURE 2 - L'ÉPISTÉMOLOGIE TRADITIONNELLE ET LA NOUVELLE ÉPISTÉMOLOGIE (PIRES, 2014)	100
FIGURE 3 - LE SYMBOLE DE LA FORME DE GEORGE SPENCER BROWN.....	102
FIGURE 4 - L'OBSERVATION DE DEUXIÈME-ORDRE, SES POSSIBILITÉS ET SES LIMITES	107
FIGURE 5 - PRINCIPE D'ORGANISATION DE L'ANALYSE TRANSVERSALE	133
FIGURE 6 - LES COMPOSANTES DE LA NOTION DE GRAVITÉ SUBJECTIVE.....	183
FIGURE 7 - L'OBSERVATION DE LA GRAVITÉ D'UNE INFRACTION PAR LES TRIBUNAUX.....	185
FIGURE 8 - L'OCCULTATION DES POSSIBILITÉS PAR LA CONDENSATION DES STRUCTURES	236
FIGURE 9 - LE DÉPLOIEMENT DES ATTENTES VICTIMAIRES À L'ÉGARD DE LA SANCTION.....	250

Introduction

À partir des années 1970, les victimes d'actes criminels¹ commencent à s'imposer comme un « thème » de politiques criminelles (Zauberman, 1985). Les enquêtes de victimisation menées aux États-Unis de même que l'émergence d'un mouvement féministe marquent les premiers jalons du mouvement des victimes qui fait interruption au début des 1980 (Baril, 1981, 277; Sebba, 2009, 64). Un peu partout en Occident s'amorce une réflexion sur la victime d'acte criminel et sur sa place au sein du système de justice criminelle. Cette réflexion stimule la création de nombreux textes législatifs visant à compenser la négligence institutionnelle de la victime par la justice criminelle.

Suivant cette activité législative des rapprochements se sont effectués à tous les niveaux des procédures criminelles (enquêtes policières, procès, exécution de la peine). Notre recherche étudie plus spécifiquement la relation qui s'est développée – et qui continue toujours de se développer à l'heure actuelle – entre le système judiciaire² et les victimes dans le processus de détermination de la peine. Précisons d'entrée de jeu que le développement majeur de cette relation a été celui d'avoir fait une place à la victime d'actes criminels dans le champ des normes de sanctions, soit les normes mobilisées dans l'exercice de détermination de la peine. Il s'agit d'un espace normatif duquel les victimes ont traditionnellement été exclues (Roach, 1999, 260; Salas, 2005, 64). L'inclusion de la victime dans ce champ normatif et ses effets sur le processus décisionnel relatif au choix de la sanction se situent donc au cœur de notre réflexion.

¹ Pour le moment, nous allons utiliser le concept de « victime » sans en préciser le sens. Nous le définirons en *infra* au point 1.2.1 du premier chapitre de la thèse.

² Spécifions pour le moment que par « système judiciaire », nous faisons plus spécifiquement référence à l'ensemble des tribunaux ayant une compétence en matière criminelle et pénale.

Notre objet de recherche est l'état du droit criminel, tel qu'il s'élabore et se stabilise dans les opérations des tribunaux canadiens ayant une compétence criminelle et pénale, en ce qui regarde le rapport avec les victimes au moment de la détermination de la peine.

Notre projet de recherche vise à décrire et comprendre les mécanismes favorables ou défavorables à l'inclusion de la victime et de ses attentes dans le contexte de la détermination de la peine. Il s'agit aussi d'identifier les attentes victimaires et vérifier comment celles-ci peuvent (ou non) se transposer en de l'information *juridiquement pertinente* au moment de déterminer la peine.

La question de recherche qui guide notre réflexion peut être formulée de la manière suivante : « *au moment de la détermination de la peine, lorsque le juge fait référence à la victime, quelles attentes lui attribue-t-il à l'égard de la sanction, de la résolution de conflits et de la justice et quel poids leur accorde-t-il dans la détermination de sa sentence?* »

Notre recherche vise à répondre à cette question de recherche en remplissant les trois objectifs de recherche suivant.

Notre premier objectif de recherche est celui de tester empiriquement la pertinence de la théorie de la RPM dans l'identification des obstacles cognitifs à la réception des inputs victimaires innovateurs dans les communications du système judiciaire. Il s'agit en d'autres termes de dresser un portrait de la relation entre le système judiciaire et les victimes dans le processus de détermination de la peine.

Le deuxième objectif de recherche vise, quant à lui, à décrire les formes par lesquelles les « inputs victimaires » se déploient dans les communications des organisations centrales du SDC. Nous pouvons associer à ce deuxième objectif les sous-questions suivantes:

« quelles formes prennent les inputs victimaires et quelles orientations peuvent-elles prendre? ».

Le troisième et dernier objectif de recherche vise à identifier les contextes et les idées qui privilégient les inputs victimaires valorisant l'exclusion sociale, la survalorisation de l'affliction et la dévalorisation des sanctions alternatives non afflictives. Par ailleurs, nous tenterons, toujours dans le cadre de ce dernier objectif, de décrire les conditions qui favorisent une mobilisation innovatrice des « inputs victi-maires ». Nous pouvons relier ce dernier objectif de recherche à la question de savoir « comment les *inputs victimaires* sont reçus par les tribunaux? » et « pour en faire quoi? ».

Outre cette introduction, cette thèse contient trois chapitres et une conclusion.

Le premier chapitre vise à établir la problématique de recherche. Dans un premier temps, nous décrirons le contexte législatif pertinent qui a contribué à faire de la victime de crime un acteur judiciaire au moment de la détermination de la peine. Dans un deuxième temps, nous présenterons l'appareillage conceptuel que nous mobiliserons pour observer la relation qui nous intéresse. Nous y préciserons le sens de quelques concepts-clés comme celui de « victime », de « système de droit criminel » ainsi que le concept de « non-évolution » de ce système social particulier.

Le deuxième chapitre de la thèse discute des considérations méthodologiques de notre recherche. Nous y présenterons, dans un premier temps, les considérations méthodologiques générales, à savoir la nature de la démarche, le type d'analyse et la posture épistémologique. Dans un deuxième temps, nous discuterons de la manière par laquelle nous avons constitué l'assise empirique de la recherche. Le chapitre

méthodologique se termine en discutant de la méthode d'analyse, soit une analyse du discours générale.

Le troisième chapitre présente nos résultats de recherche. Il expose le processus de mise en forme juridique des « inputs victimaires » et le sort qui leur est réservé dans le contexte de la détermination de la peine. À l'intérieur de ce chapitre, l'analyse fait ressortir la variété des « inputs » et leurs réceptions différentielles par le système judiciaire. Nous verrons que certains inputs ont plus de facilité à se transposer en information juridiquement pertinente pour la détermination de la peine alors que d'autres peinent à se faire entendre. De manière générale, nous pouvons dire que l'objet de l'analyse est le processus de mise en forme juridique des inputs victimaires. Ce chapitre se termine sur une discussion autour des observations empiriques effectuées dans l'analyse des données. Nous nous interrogerons sur l'explication de ce traitement différentiel des *inputs* victimaires par les tribunaux canadiens. Nous explorerons l'hypothèse d'une complexification interne de la *rationalité pénale moderne* par l'ajout de nouvelles structures d'accueil ou la réactualisation de structures d'accueil déjà stabilisée.

La conclusion récapitulera les idées centrales développées dans le cadre de notre thèse ainsi que les résultats obtenus. Nous terminerons en soulignant que le rapprochement entre le droit criminel et les victimes dans le contexte de la détermination de la peine ne constitue pas un problème en soi, mais qu'il peut le devenir lorsque ce rapprochement s'effectue sous l'influence de la *rationalité pénale moderne*.

Chapitre 1 – Problématique et contexte théorique

D'un point de vue chronologique, le premier intérêt vis-à-vis les victimes d'actes criminels est un intérêt essentiellement académique qui émerge au cours des années 1940 par l'intermédiaire d'études de la criminogénèse (Zauberman, 1985, 31; Baril, 1988, 103). Toutefois, ce ne sont pas les premiers travaux victimologiques qui vont propulser les victimes sous les projecteurs³. Il faut attendre encore quelques années avant d'assister au développement d'un intérêt significatif pour les victimes d'actes criminels (Mastrocinque, 2010, 95).

Cet intérêt pour la victime, qui atteindra son paroxysme dans les années 1980, découle principalement des enquêtes de victimisation et des mouvements féministes des années 1970 (Waller, 1981, 51; Baril, 1988, 103). En effet, les enquêtes de victimisation vont permettre de constater qu'une grande part des victimes ne rapporte pas aux autorités les infractions qu'elles subissent. Il s'agira alors de comprendre pourquoi les victimes ne les signalent pas (Mastrocinque, 2010, 96). Le mouvement féministe a été un précurseur du mouvement des droits des victimes en jetant de la lumière sur le traitement que les systèmes de justice criminelle réservaient aux femmes victimisées, mais aussi, et peut-être même surtout, sur le traitement que cette institution réservait aux victimes en général. Désormais, ce ne sera plus seulement le sort de la femme victimisée qui sera problématisé par les mouvements sociaux, mais le sort de toutes les victimes d'actes criminels (Baril, 1988, 103; Coiteux, 1996, 3).

Au début des années 1980, une conjoncture entre le mouvement des droits des victimes et le programme politique des conservateurs se met en place (Henderson, 1985;

³ Par la suite, une fois que le mouvement des victimes sera lancé, nous verrons que les études victimologiques vont contribuer au mouvement notamment en attirant l'attention sur les diverses formes de victimisation.

Roach, 1999). À ce moment, la victimologie, qui s'était présentée comme une discipline scientifique va peu à peu se transformer en un mouvement social sur les victimes. Plusieurs organisations pro-victimes vont voir le jour et seront en concurrence les unes avec les autres en vue de recevoir le financement limité des gouvernements. Comme l'indiquait Baril (1981), les victimes d'actes criminels vont bénéficier, dans ce dernier cinquième de siècle, d'un « courant d'intérêt incroyable » (p. 277).

1.1. L'inclusion des victimes d'actes criminels à l'étape de la détermination de la peine

À partir de la fin des années 1980, la relation qui se développe entre les victimes d'actes criminels et le système judiciaire dans le contexte de la détermination de la peine est le résultat d'un effort législatif guidé par une volonté politique de tenir compte davantage des victimes dans le processus de justice criminelle (Dubé et Garcia, 2019, 2; Parent, 1995, 127). Nous pouvons identifier au moins quatre lois fédérales qui ont significativement favorisé l'inclusion des victimes dans la détermination de la peine.

1.1.1. La déclaration de la victime

La première loi fût introduite en 1988 par l'intermédiaire du projet de loi C-89 qui introduisit, entre autres, la déclaration de la victime. Cette déclaration permet à la victime d'informer le tribunal des torts qu'elle a subis. Cette déclaration se faisait, au départ, exclusivement sous forme écrite et les tribunaux n'étaient pas non plus dans l'obligation de tenir compte du contenu ou du fait qu'une telle déclaration avait été soumise. Il s'agissait

alors encore d'une inclusion timide de la victime, car même si elle participait à ce moment des procédures en soumettant une déclaration, rien ne garantissait que le tribunal allait en tenir compte.

Quelques années plus tard, en 1995, le projet de loi C-41 est adopté et apporte quelques amendements par rapport à la déclaration de la victime⁴. Ce projet de loi fit en sorte que les tribunaux étaient désormais dans l'obligation de tenir compte des déclarations des victimes qui ont été soumises. À partir de 1996, soit l'année de l'entrée en vigueur du projet de loi C-41, le contenu des déclarations des victimes s'impose comme source d'information *juridiquement pertinente* pour déterminer la sanction du condamné. Dubé et Garcia (2019) font référence à une « union de fait entre le juge et la victime ». Évidemment, le choix de la sanction est déterminé en fonction de plusieurs facteurs, à l'intérieur desquels s'ajoute la déclaration des victimes. Par ailleurs, l'information soumise par les victimes à l'intérieur de leurs déclarations n'est pas *de facto* de l'information pertinente pour les tribunaux. Par exemple, l'obligation qui est introduite par le projet de loi C-41 ne contraint aucunement les juges à tenir compte d'une déclaration d'une victime si cette dernière demande vengeance ou une lourde peine pour le condamné⁵.

En 1999, l'encadrement législatif de la déclaration de la victime subit encore quelques amendements suivant l'adoption du projet de loi C-79. D'abord, le *Code criminel* est modifié afin que le juge s'assure que la victime ait été informée de son droit à soumettre une déclaration de la victime (Young, 2001, 23). Ensuite, ce projet de loi permet aux

⁴ Il faut mentionner que ce projet de loi avait également introduit la déclaration de la victime dans le tribunal de jeunesse et dans les audiences de la dernière chance.

⁵ Dans la section 3.3 de l'analyse, nous allons voir que les tribunaux se sont octroyés des critères pour déterminer quand le contenu des déclarations est recevable ou non recevable ou partiellement recevable.

victimes de soumettre, si elles le désirent, leur déclaration de vive voix à la cour. Finalement, ledit projet de loi élargit la définition de la notion de victime en incluant désormais les proches des victimes. Cela signifie que la déclaration des victimes ne s'adresse plus seulement aux victimes directes, mais aussi à leurs proches⁶.

L'introduction de la déclaration de la victime dans la procédure judiciaire constitue un moment charnière dans le développement de la relation entre le SDC et les victimes, car ce dispositif introduit un nouveau rôle participatif pour les victimes. De plus, ce nouveau rôle s'inscrit directement au sein des normes de sanction, soit les normes sollicitées pour déterminer le choix de la peine. En effet, ce dispositif ne peut être dissocié des normes de sanction dans la mesure où il amène la personne qui occupe le rôle de victime à informer ou sensibiliser la cour sur les conséquences du crime (pertes matérielles, dommages physiques et psychologiques) sur les aspects de sa vie afin que le juge puisse en tenir compte dans la détermination de la sentence. Il ne s'agit pas de dire qu'en vertu de la déclaration de la victime, les victimes, en tant que personnes, puissent participer à la décision de déterminer la peine, ni s'agit-il d'affirmer que les victimes puissent exprimer leurs opinions sur ce que devrait être la sanction. Rappelons que nous privilégions une approche centrée sur le système et que par conséquent, l'idée que nous voulons plutôt mettre de l'avant est celle en vertu de laquelle, à travers la déclaration de la victime, le système judiciaire se réfère désormais à l'impact du crime sur la victime et le fait (hypothétiquement) afin de pouvoir inférer et stabiliser certaines attentes normatives à l'égard des sanctions (normes de sanction). Dit en d'autres termes, les conséquences du

⁶ Initialement, les proches pouvaient soumettre une telle déclaration seulement si la victime directe était décédée ou inapte à exercer son droit.

crime sur la vie personnelle de la personne qui les a subies sont non seulement devenues de « l'information audible »⁷ pour le droit criminel, mais le sont devenues à l'étape de la détermination de la peine.

1.1.2. La codification des objectifs de la peine et les victimes d'actes criminels

Outre l'introduction de la déclaration de la victime, il faut mentionner la codification des objectifs de la peine dans le cadre du projet de loi C-41 (cité précédemment) qui a contribué à l'inclusion des victimes dans le contexte de la détermination de la peine. Avant l'entrée en vigueur de ce projet de loi en 1996, les objectifs traditionnels de rétribution, de dissuasion, de réhabilitation, de neutralisation et de dénonciation n'étaient pas codifiés dans le *Code criminel*, quoique bien présents dans la jurisprudence (Roberts, 2001). En effet, la jurisprudence canadienne avait reconnu ces objectifs de la peine comme étant légitimes.

Le projet de loi C-41, qui visait à réduire le recours à l'incarcération, prévoyait également la codification des objectifs de la peine en vue de s'attaquer au problème de la disparité des sanctions qu'avait soulevé la Commission canadienne sur la détermination de la peine (CCDP, 1987). Les objectifs traditionnels de dénonciation⁸, de dissuasion⁹, de

⁷ Cette expression est probablement redevable à Gregory Bateson (1977).

⁸ « **a**) dénoncer le comportement illégal et le tort causé par celui-ci aux victimes ou à la collectivité » (*C. cr.*, art. 718 (a))

⁹ **b)** dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions; » (*C. cr.*, art. 718 (b)).

neutralisation¹⁰ et de réhabilitation¹¹ ont été codifiés sous l'article 718 du *Code criminel Canadien* (désormais, le *Code*).

La rétribution n'a pas été codifiée dans le *Code* et cette retenue de la part du Législateur pourrait s'expliquer, selon Dubé et Labonté (2016, 699), par un certain malaise à son égard. En effet, le Comité Ouimet (1969) avait décrit la rétribution comme un « vestige de la vindicte populaire » nourrissant des élans de vengeance « absolument inacceptable pour une collectivité dont les mobiles sont rationnels » (Rapport Ouimet, 1969, 202-203, cité par Dubé, 2008, 275-276). Il demeure néanmoins que la rétribution constitue toujours, du point de vue du système judiciaire canadien, un objectif de la peine légitime (Labonté, 2017b¹²).

Le projet de loi C-41 a non seulement réuni les objectifs de la peine traditionnels (à l'exception de la rétribution) sous l'article 718 du *Code*, mais il y a ajouté deux nouveaux objectifs impliquant les victimes. Il s'agit des objectifs de *réparer les torts causés à la victime et à la collectivité*¹³ et celui *d'amener le condamné à prendre conscience des torts qu'il a causés à la victime et la collectivité*¹⁴. À première vue, nous pouvons assumer que l'objectif de réparer les torts (718(e), *C. cr.*) s'adresse à la victime directement tandis que l'autre, la prise de conscience des torts causés (718(f), *C. cr.*), s'adresse au condamné. Cependant, comme le soulignaient Shapland et Hall (2010) « Accurate and recent information about victims is [...] crucial for reparation and punishment. Interaction with

¹⁰ **c**) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société; » (*C. cr.*, art. 718 (c)).

¹¹ **d**) favoriser la réinsertion sociale des délinquants; » (*C. cr.*, art. 718 (d)).

¹² Dans un document de travail inédit sur l'usage des théories de la peine par les tribunaux canadiens dans le processus de détermination de la peine, nous avons pu observer des décisions qui s'appuyaient sur les idées de la rétribution pour justifier la sanction (Labonté, 2017b, 5-16).

¹³ **e**) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité; » (*C. cr.*, art. 718 (e)).

¹⁴ **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. » (*C. cr.*, art. 718 (f)).

the victim may be helpful for encouraging desistance and creating opportunities for rehabilitation » (p.187). Autrement dit, le fait que l'objectif de prise de conscience des torts s'adresse plus au condamné qu'à la victime ne signifie pas l'exclusion de cette dernière. *A priori*, l'atteinte de cet objectif implique une participation minimale de la victime.

En ce qui concerne l'objectif de réparation des torts (art. 718(e), *C. cr.*), celui-ci peut être compatible avec certains intérêts des victimes, comme celui de recevoir un dédommagement. D'ailleurs, l'un des objectifs du projet de loi C-41 était également celui de rendre le dédommagement plus accessible (Young, 2001).

Le dédommagement, en tant que mesure sentencielle, existait déjà depuis quelques décennies et, avant même l'introduction de la déclaration de la victime, certains y voyaient un potentiel pouvant inclure les victimes dans le processus de détermination de la peine :

« Restitution also has the potential for use as a vehicle to involve crime victims in the justice system. [...] Restitution offers a way in which victims can be meaningfully involved in the justice system. Victims could be involved in decisions about the disposition given the offender, in decisions about the amount and schedule of restitution payments, as well as in maintaining periodic involvement with the offender as the restitution order is completed » (Hudson et Galaway, 1981, 62).

Cependant, cette possibilité d'inclusion de la victime a rarement été exploitée dû à la difficulté d'évaluer la perte des dommages et à la « préoccupation selon laquelle l'évaluation relève ou non de la compétence des tribunaux civils » (Burns, 1992, 12-13 cité dans Young, 2001, 22). Au cours des dernières décennies, des efforts législatifs ont été faits pour accroître le recours au dédommagement. Par exemple, le projet de loi C-89 a modifié le *Code criminel* de sorte que les procureurs puissent demander le dédommagement au nom de la victime afin d'éviter que le fardeau de la demande ne repose

exclusivement sur elle (Young, 2001, 22). Ensuite, le projet de loi C-41 a étendu les catégories de dommages pouvant être couverts par le dédommagement (Ibid.).

Le fait que le dédommagement et l'objectif de réparation soient compatibles ne garantit en rien que cette mesure sentencielle sera sollicitée plus souvent par les tribunaux¹⁵. En fait, comme nous allons le voir dans l'analyse, la mise en œuvre des ordonnances de dédommagement en matière de droit criminel demeure difficile (Young, 2001, 22). Si le dédommagement peut représenter virtuellement un moyen efficace pour inclure davantage les victimes dans le processus de justice criminelle, ses applications concrètes ont du mal à s'actualiser (Wemmers et collab., 2017, 5).

Dernièrement, certains objectifs de la peine prévus à l'article 718 du Code criminel ont été amendés. Certaines modifications ont pour effet d'inclure davantage les victimes à l'étape de la détermination de la peine. En juillet 2015, l'adoption du projet de loi C-32 a élargi l'objectif de dénonciation afin d'y inclure désormais les torts subis par les victimes et la collectivité¹⁶. Avant cet amendement, l'objectif de dénonciation se centrait uniquement sur la communication du caractère illégal de la conduite déviante. Maintenant, il faut considérer que depuis juillet 2015, « dénoncer » signifie communiquer le caractère illégal de l'acte déviant *et reconnaître* les torts que cette conduite illégale a entraîné sur la victime ou sur la collectivité. *Autrement dit, le projet de loi C-32 introduit un lien entre dénonciation et reconnaissance des victimes*. Ce lien a été explicité par Dubé et Garcia (2017b, 12) à l'occasion de l'analyse des débats parlementaires du projet de loi C-32. Ils

¹⁵ Nous allons aborder la question du dédommagement dans la section 4.6 qui traite des attentes de dédommagement des victimes.

¹⁶ C'est notamment ce même projet de loi qui a modifié subtilement les objectifs 718 (e) et 718 (f) en remplaçant la conjonction « et », qui se situait entre « aux victimes et à la collectivité », par la conjonction « ou ».

précisent que les extraits de ces débats parlementaires entourant C-32 les ont amenés « à distinguer analytiquement ce que le législateur [tend] à jumeler, soit la dénonciation du crime et la reconnaissance des torts causés aux victimes » (Ibid.). À partir de leurs observations, les auteur(e)s ont émis l'hypothèse que ce projet de loi en particulier était encadré par un nouveau fondement du droit de punir : la théorie de la reconnaissance victimaire. Ce nouveau fondement de punir accorderait à la peine et à sa sévérité la capacité de reconnaître les torts qui ont été causés à la victime et de revaloriser la dignité de la victime (Ibid., 13-14). La reconnaissance des torts des victimes et la reconnaissance de leur dignité au moyen de la peine, telles qu'observées par les auteurs dans le système politique, soulèvent plusieurs questions :

« Quel est le seuil au-delà duquel cette théorie se refusera d'aller en matière d'affliction et d'exclusion sociale ? Quel est son principe de proportionnalité ? Qu'advient-il des limites au droit de punir lorsque se substituent à la gravité du crime et à la responsabilité du délinquant la gravité des torts causés et (surtout) la dignité de la personne qui les a subis ? Un principe de modération est-il encore possible? » (Dubé et Garcia, 2017b, 15)

Par rapport à notre projet de recherche, les observations de Dubé et Garcia (2017b) nous amènent à nous poser la question de savoir si ce nouveau fondement de punir, observé dans la pratique législative, ne se serait pas également stabilisé dans la pratique judiciaire.

En somme, ce qu'il est important de retenir par rapport aux objectifs de la peine, c'est qu'ils sont susceptibles de favoriser une plus grande inclusion des victimes d'actes criminels dans le processus de détermination de la peine. Il faut également noter, à l'instar de Roberts (2001, 68), que, hormis l'objectif fondamental 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 [...] » (art. 718, *C. cr.*), la liste des objectifs de la peine ne suit pas un ordre hiérarchique. Par conséquent, ces objectifs de la

peine, qui ont été codifiés, représentent des objectifs équivalents¹⁷. Il ne faut donc pas voir le fait que certains objectifs reliés aux victimes soient au premier ou au dernier rang comme un gage de leur haute ou basse priorité dans le processus. Ainsi, ces objectifs du prononcé de la peine qui concernent les victimes sont dans une relation d'équivalence par rapport aux objectifs plus traditionnels du droit criminel.

1.1.3. De la victime-témoin de l'acte à la victime-témoin de l'impact

Nous pouvons résumer le développement de la relation entre le droit criminel et les victimes dans les termes d'un élargissement du rôle traditionnel de la victime dans le procès qui a été celui d'un *témoin de l'acte criminel* pour finalement s'étendre au rôle de *témoin de l'impact de l'acte criminel*. Autrement dit, nous pouvons rendre compte des développements de la relation entre le droit criminel et les victimes d'actes criminels à partir de la distinction entre « *victime-témoin de l'acte/victime-témoin de l'impact*¹⁸ ».

La *victime-témoin de l'acte* fait référence au rôle traditionnel de témoin des faits. Dans ce rôle, la victime est amenée à participer dans les procédures judiciaires en fournissant de l'information pour établir les faits entourant l'infraction de même que la responsabilité de l'accusé. En tant que *victime-témoin de l'acte*, la participation de la victime se limite donc à la phase précondamnatoire des procédures judiciaires. À ce stade des procédures, les tribunaux n'anticipent aucune autre contribution de leur part. Les impressions des victimes-témoins de l'acte sur les conséquences du crime et la sanction

¹⁷ Cela ne signifie pas qu'on ne puisse pas observer empiriquement un déséquilibre dans l'usage de ces objectifs de la peine dans la jurisprudence.

¹⁸ Nous sommes reconnaissants envers Alvaro P. Pires pour nous avoir mis sur la piste de cette distinction fort stimulante.

sont alors des éléments de complexité discursive qui ne sont pas considérés comme pertinents d'un point de vue procédural ou opérationnel. On peut ici parler d'information inaudible pour le système ou encore de « bruit » au sens de Bateson (1977, 210).

A contrario, la *victime-témoin de l'impact* désigne le nouveau rôle des victimes au sein des procédures judiciaires. Ce nouveau rôle est le fruit de l'« inflation législative » (Rossi, 2011, 150) des dernières décennies que nous venons de décrire. En tant que telle, la victime intervient à une étape des procédures judiciaires de laquelle elle a traditionnellement été exclue (Roach, 1999, 290). L'information que la *victime-témoin de l'impact* fournit au tribunal porte sur les conséquences de l'infraction pour la victime. La victime est alors amenée à entreprendre un discours centré sur ses souffrances.

Cette distinction a l'avantage de souligner l'idée d'une *rupture*, d'une *discontinuité* significative au niveau des modalités de participation de la victime dans les procédures judiciaires. Il est à noter que l'avènement du rôle de *victime-témoin de l'impact* du crime ne remplace pas le rôle traditionnel de *victime-témoin de l'acte*; ils coexistent désormais dans les procédures judiciaires. Par l'émergence de la *victime-témoin de l'impact*, il faut alors comprendre une *complexification* ou un *élargissement de la participation des victimes d'actes criminels* dans les procédures judiciaires.

Cet élargissement de la participation des victimes d'actes criminels souligne au moins deux phénomènes distincts. D'abord, il indique l'entrée des victimes d'actes criminels au sein d'un champ normatif qui leur était jusqu'alors inaccessible, soit le champ des normes de sanctions. Les normes de sanction font référence aux normes opérant dans le processus décisionnel relatif au choix de la sanction et de son exécution. Les victimes d'actes criminels se sont taillées une place à l'intérieur de ce champ normatif « névralgique

» (Pires, 2002a) à la construction de l'identité du droit criminel. Nous discuterons de la traditionnelle exclusion des victimes au sein de ce champ normatif et de leur possible inclusion dans la section 1.2.3.2.

Ensuite, fort de cette inclusion récente au sein des normes de sanctions, cet élargissement du rôle de la victime s'inscrit lui-même dans une tendance à agrandir le spectre des témoins sur les impacts du crime. L'élargissement de la notion de victime pour y inclure les proches des victimes a eu pour effet d'élargir le nombre de témoins par infraction en incluant ceux qui ont subi indirectement les conséquences du crime.

Notons qu'il y aurait aussi un autre *témoin de l'impact* qui se développe en filigrane: la communauté. La *déclaration au nom d'une collectivité (Community Impact Statement)* consiste en une soumission orale ou écrite décrivant les conséquences d'une infraction sur la communauté. Cette déclaration peut virtuellement être soumise par n'importe quel membre de la collectivité (individus ou organisations). Les déclarations au nom d'une collectivité ont d'abord été introduites en 2011 comme un aspect limité strictement aux infractions de fraude. Suivant l'adoption du projet de loi C-32, cette déclaration est maintenant généralisée à l'ensemble des infractions criminelles (Perrin, 2017, 166). Tout comme les déclarations de la victime, le tribunal doit tenir compte des *Community Impact Statement* soumis pour déterminer la peine ou pour déterminer si le condamné peut être absous. Cependant, contrairement à la déclaration de la victime, il n'y a aucune obligation à ce que le tribunal s'informe auprès du procureur afin de savoir si la communauté a été informée de son droit de soumettre une telle déclaration (Ibid., 167).

Lorsqu'on fait dialoguer le mécanisme de la *déclaration de la victime* avec celui de la *déclaration au nom d'une collectivité*, nous sommes amenées à inscrire le

développement de la relation entre le droit criminel et les victimes d'actes criminels comme un aspect particulier d'un phénomène plus global qui tend à transformer divers segments du public en *témoin de l'impact*.

Au début du nouveau millénaire, Pires (2001a) introduisait le concept de *juridicisation du public* pour décrire le nouveau rôle que jouait les mouvements sociaux à travers le mécanisme de l'*amicus curiae*. Selon Pires, (2001a) « le public cesse d'être (...) un simple destinataire de la norme juridique, ou encore un aspect de l'environnement du système pénal, pour devenir à la fois une sorte de critère et de prolongement interne de ce système » (p. 199). Par l'usage du néologisme « *juridicisation* », l'auteur voulait attirer l'attention sur une forme de participation du public au sein des procédures judiciaires, notamment les usages de l'*amicus curiae* par les mouvements sociaux (Re, 1984, 525-526). Le nouvel encadrement de la victime dans les procédures judiciaires et celui de la communauté pourrait être vu comme de nouvelles formes sous lesquels se manifesterait la *juridicisation du public*. Ainsi, le développement de la relation entre le système judiciaire et la victime participerait potentiellement à la reproduction d'une relation plus large avec le public, dont cette dernière se serait amorcée avec un usage particulier de l'*amicus curiae* dans les pays occidentaux (Re, 1984).

Dans ce contexte, il ne fait plus de doute que les victimes et leurs intérêts sont intégrés dans le processus de détermination de la peine. Le chercheur australien Tyrone Kirchengast résume la situation ainsi : « In the context of the growing recognition of victim's rights within the criminal law, arguments have emerged that suggest *the criminal trial is now taking a new form through the consideration of sectarian interests such as those of the victim.* » (Kirchengast, 2010, 82-83; nos italiques). La question qui émerge est

celle de savoir *comment* les victimes et leurs intérêts sont intégrés dans le processus de détermination de la peine, de quelle manière et sous quelles formes.

Cette question est évidemment centrale dans le cadre de notre recherche, mais il y a d'autres questions qui, à ce stade de la recherche, se font plus urgentes. Nous faisons référence aux questions de nature théorique.

1.2. Le contexte théorique de la recherche

Dans les développements qui suivent, nous exposons l'appareillage conceptuel guidant notre recherche qui porte, rappelons-le, sur la relation entre le système judiciaire et les victimes d'actes criminels à l'étape de la détermination de la peine. Le contexte théorique à l'intérieur duquel nos principaux concepts se situent est composé d'un alliage entre la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann et de la théorie de la rationalité pénale moderne d'Alvaro P. Pires.

Dans un premier temps, nous allons revenir à la notion de victime (1.2.1). Nous allons répondre aux questions visant à savoir « qu'est-ce qu'une victime? », « comment approcher théoriquement cette notion fondamentale de notre recherche? ». Et par ailleurs, nous réfléchirons sur ce qu'est une victime dans le contexte systémique du droit criminel.

Les questions théoriques s'enchaîneront avec le concept de « système judiciaire » (1.2.2). Nous situerons théoriquement ce concept à partir de la théorie des systèmes de Niklas Luhmann (1.2.2.1; 1.2.2.2). Dans cette perspective, nous conceptualisons le système judiciaire comme un système social d'un type particulier qui est à la fois *clos opérationnellement* et *ouvert cognitivement* sur son environnement. La théorie des

systèmes nous enseigne que cette *clôture opérationnelle* est paradoxalement la condition *sine qua non* de son ouverture cognitive du système vis-à-vis de son environnement.

Ces développements sur la théorie des systèmes seront suivis par des développements théoriques autour de la théorie de la rationalité pénale moderne. Cette théorie, compatible avec l'approche luhmannienne, décrit les *conditions d'ouverture cognitive du système judiciaire dans la pratique de la détermination de la peine*. Nous verrons que cette ouverture cognitive du système judiciaire sur son environnement est « filtrée », à ce moment des procédures, par la « rationalité pénale moderne » (1.2.2.3). Du point de vue de cette théorie, ce serait hypothétiquement cette « rationalité pénale moderne », rationalité dominant les pratiques législatives et judiciaires en matière criminelle et pénale depuis le milieu du XVIII^e siècle, qui conditionnerait la réception des attentes victimaires dans le contexte de la détermination de la peine.

La théorie de la *rationalité pénale moderne* nous renseigne également sur les conditions d'évolution du droit criminel de même que sur les conditions d'observation de son évolution (1.2.3).

Au terme de ces développements théoriques, nous terminons ce premier chapitre en formulant le problème, la question ainsi que les hypothèses de recherche (1.3).

1.2.1. Le concept de victime

Nombreux sont les auteur(e)s qui ont soulevé les difficultés liées à la notion de « victime » (Albrecht, 1999, 91; Roché, 1995, 355-6; Garnot, 2001, 60-61; Marzano, 2006, 12; Erner, 2006, 10; Doak, 2008, 20; Rossi, 2011, 50; Rossi, 2013, 32; Adam et collab., 2014, 161-2; Cario et Ruiz-Vera, 2015, 15). En effet, on reproche à cette notion d'être trop

vague, trop délicate, trop imprécise, dépourvue d'une définition valable, prêtant ainsi à une forme de « surexploitation » du concept (Rossi, 2013, 32). Bref, on dénonce le manque de rigueur conceptuelle lié à cette notion qui occupe une place de plus en plus prégnante dans la société moderne. Nous pourrions même ajouter que ce concept est si chargé de sens qu'on éprouve du mal à se le représenter autrement qu'en une personne en souffrance qui désire se venger.

Rossi (2013, 33) fait un résumé étoffé des difficultés associées à la notion de victime. Dans un premier temps, elle indique que ce concept peut désigner une série de rôles au sein des procédures judiciaires et dans ce cadre, « la victime peut tout aussi bien être confondue avec le témoin, le plaignant, la partie lésée, le demandeur, l'administré, la partie civile.¹⁹ » (Ibid.).

Dans un deuxième temps, Rossi (2013, 33) souligne que la notion de victime peut également être mobilisée pour désigner « la personne visée directement par l'intention coupable, qu'elle soit survivante ou décédée » de même que pour désigner leurs proches. L'auteure soulève donc ici la difficulté de distinguer entre la victime directe et les victimes indirectes, il s'agit d'une difficulté qui se rattache à l'orientation des torts.

Dans un troisième temps, l'auteure soulève une autre difficulté du concept de victime qui concerne cette fois son statut juridique: « [ce concept] peut être employé pour qualifier [autant] des personnes physiques (individus) [que] des personnes morales (sociétés, associations), des tiers et même des créanciers, à condition que tous aient subi un préjudice. » (Rossi, 2013, 33; notre souligné). Dans le *Code Criminel Canadien (C.C.C.)*,

¹⁹ Précisons que Rossi (2013) fait une étude sur les proches d'homicide au Québec et en France. Elle intègre donc les fonctions statutaires des deux juridictions, dont la partie civile en tant que partie lésée.

la question du préjudice subi est centrale dans la notion de victime. En effet, celle-ci est définie à l'article 2 du *C.C.C.* dans les termes d'une « *personne contre qui une infraction a ou aurait été perpétrée et qui a ou aurait subi des dommages — matériels, corporels ou moraux — ou des pertes économiques par suite de la perpétration ou prétendue perpétration de l'infraction.* [...] »²⁰ (C. cr., L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2). La définition juridique de la victime est alors inhérente à la question des torts subis.

Finalement, Rossi (2013, 33) conclut en précisant que la difficulté majeure est moins celle de regrouper sous une même notion « différentes formes de victimisation », mais plutôt de « confondre, sans restriction, aucune, des personnes²¹, des fonctions, des droits, des statuts et des préjudices. », ce qu'elle désigne comme étant un « manque de rigueur conceptuelle » (Rossi, 2013, 33).

À l'intérieur d'une société complexe comme la nôtre, nous pouvons retraduire ce « manque de rigueur conceptuelle » que décrit Rossi (2013, 33) comme un effet de la différenciation fonctionnelle de la société²², c'est-à-dire que le concept de « victime » serait en fait une réalité polycontextuelle. Ce pluralisme sémantique autour de la notion de victime ne pose un problème qu'à l'intérieur d'une perspective « monocontextuelle » (Günther, 2004) qui postule avec une rigueur inflexible qu'une chose « est ou n'est pas ».

Certains auteurs ont fait des efforts pour « désontologiser » le concept de victime. À cet égard, nous pouvons souligner l'approche d'Erner (2006, 10) qui conceptualise la victime comme une « catégorie sociale », plutôt que comme une réalité autonome. Ainsi,

²⁰ Avant l'adoption de la *Charte canadienne des droits des victimes*, la définition juridique de la victime était située au paragraphe 722(4) du *Code Criminel Canadien*. Notons qu'autant l'ancienne définition juridique de la victime que celle actuellement en vigueur n'offraient pas de résistance pour considérer une personne morale comme une victime.

²¹ Rossi (2013) fait référence à des personnes dans le sens traditionnel du terme.

²² Nous aurons l'occasion de préciser ce qui est attendu par une société fonctionnellement différenciée sous peu.

dans une telle perspective, indique l'auteur, il est inutile de chercher un critère psychologique ou biologique pour définir la victime, car c'est le regard de l'autre qui est déterminant (Ibid.). L'effort de conceptualisation d'Erner (2006) est intéressant, mais néanmoins insuffisant étant donné que le concept de victime qu'il propose demeure indifférencié. Il est indifférencié parce qu'il ne permet pas de tenir compte de son appropriation par les différents systèmes sociaux, dont celle qui nous intéresse plus particulièrement : l'appropriation par le système de droit criminel. En effet, toute l'argumentation de l'auteur laisse sous-entendre qu'il y aurait une seule « catégorie victime » qui se déploierait uniformément dans toute la société²³. Il y aurait un certain consensus sur l'identité de victime qui serait attribué par la société, sans que l'on puisse préciser quelles sphères sociales y participent.

Par ailleurs, les victimes dont nous parle Erner (2006) auraient nécessairement des impacts néfastes sur différents aspects de la société comme le politique, le juridique, les médias d'information. Dans le domaine de la justice pénale, l'auteur ne semble pas considérer que les individus regroupés sous la catégorie victime pourraient entretenir des attentes non punitives en matière de justice. C'est ce qui nous amène à nous demander si les observations de l'auteur ne seraient pas orientées par ce que Pires (1998) a nommé la « rationalité pénale moderne » (RPM). Quoi qu'il en soit, cette hypothèse éveille la « vigilance épistémologique » et nous amène à considérer sérieusement la catégorie victime comme une catégorie sociale, certes, mais une catégorie sociale pouvant être

²³ Contrairement à notre perspective, la société réfère, chez Erner (2006), à l'ensemble des individus.

récupérée ou mise en forme par les différents systèmes sociaux dans le cadre de leurs propres opérations (communications).

Tout comme Erner (2006), Albrecht (1999, 91) avançait quelques années auparavant que le concept de victime, dans une forte mesure, dépendait « on the perspective of the viewer » plutôt que sur des caractéristiques essentielles. En fait, Albrecht (1999) affirme que le concept de victime « has become an opalescent concept of criminal justice » (p. 91). L'adjectif « opalescent » renvoie ici à une caractéristique intrinsèque de l'opale, une pierre précieuse recherchée pour ses reflets irisés qui changent selon l'angle sous lequel on la contemple. Contrairement à Erner (2006), Albrecht (1999) offre un concept de victime différencié qui tient compte des mises en forme par les divers observateurs. Ainsi, le sociologue allemand observe une variété de mises en forme : la victime présente dans les médias de masse; la victime étudiée par la science; la victime qui apparaît dans la définition du comportement criminel; la victime potentielle, etc. (Albrecht, 1999, 91).

Dans cet ordre d'idées, nous allons conceptualiser la victime, non plus comme un être humain en chaire et en os, mais plutôt comme une « catégorie sociale », comme un « construit » sémantique, en l'occurrence un « construit » du système judiciaire canadien. Une question à la fois théorique et méthodologique émerge : comment rendre compte des mises en forme conceptuelles qu'opèrent les systèmes sociaux? À cet égard, à travers la distinction *médium/forme*, la théorie de Niklas Luhmann offre un outil conceptuel particulièrement utile.

1.2.1.1. La distinction médium/forme

Cette distinction que Luhmann établit en s'inspirant de Fritz Heider (Luhmann, 2000, 30 citée dans Pires, 2014, 150; Pires, 2015, 235) est hautement abstraite. Nous nous limiterons ici aux éléments essentiels nous permettant d'en démontrer la pertinence dans notre observation de la relation droit criminel-victimes.

Dans le cadre de cette distinction *médium/forme*, les concepts, comme celui de victime, correspondent à des *médiums* alors que le sens ou les sens qui leur sont attribués par différents systèmes sociaux correspondent plutôt à des *formes*. Un *médium* désigne ainsi un ensemble d'éléments en « couplage lâche » (*loose coupling*) qui prennent des formes particulières lorsque ces derniers sont « couplés strictement » (*strict coupling*) (Moeller, 2011, 221; Guibentif, 2010, 92). Un exemple qui est couramment offert pour illustrer la distinction *médium/forme* est celui de la *plage et des empreintes de pieds dans le sable* (exemple attribuable aux auteurs Corsi et Esposito, 1997)²⁴. Dans cet exemple, la plage représente le *médium* qui est composé de l'ensemble des grains de sables qui la compose. Ces grains de sable représentent les éléments du *médium* et ils sont « couplés de manière lâche », c'est-à-dire que leur relation se limite au fait de faire partie de la même plage – ce que Guibentif (2010, 92) appelle le « degré zéro » du couplage lâche. Lorsqu'on marche sur le sable, des liens plus « stricts » entre certains grains de sable (entendre certains éléments) s'établissent et donnent ainsi des *formes* au médium. On parle alors de « *strict coupling* », par opposition au « *loose coupling* ».

Le *sens* et le *langage* constituent des exemples de tels ensembles d'éléments couplés de manière lâche. Dans le cas du langage, par exemple, les éléments constitutifs

²⁴ Nous prenons l'exemple à partir de Pires (2014, 151) et de Moeller (2011, 221).

comprennent des mots, des expressions, des adages, etc. et le couplage lâche consiste simplement en l'appartenance de ces éléments à une même langue (nous nous inspirons librement à cet égard des remarques de Guibentif, 2010). Le langage fonctionne alors comme un *médium* qui permet la mise en forme de *propositions* dotées de *sens spécifiques* *lesquelles correspondent à des formes qui ultimement dépendent plus du système qui les construit (observe) que de propriétés objectives attribuables aux réalités auxquelles elles prétendent se référer* (Pires, 2014, 148; Pires, 2015, 236)²⁵.

Dans ce cadre, la notion de victime et les attentes qu'on peut lui attribuer en matière de justice pénale sont d'abord et avant tout des médiums desquels, sous l'influence du système et de ses structures, découleront certaines mises en forme qui peuvent être décrites, analysées et problématisées à partir d'un support empirique comme la jurisprudence. En terminant, indiquons que la distinction médium/forme est à la base de toutes les constructions sémantiques des systèmes sociaux. Dans la sous-section qui suit, nous avançons l'idée selon laquelle la notion de « victime » correspond davantage, dans le cadre de notre recherche, à une réalité construite par le système judiciaire, plutôt qu'à une réalité autonome.

1.2.1.2. La victime d'actes criminels comme un construit sémantique

Pour comprendre comment nous passons de la notion de victime comme un humain en chair et en os à la notion de victime comme un artefact sémantique, il nous faut faire un petit détour vers certains aspects de la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann.

²⁵ Plutôt que de parler de langage, l'auteur parle de vocabulaire (Pires, 2014, 148) ou encore de « mots du vocabulaire » (Pires, 2015, 236). Pour notre part, nous ne faisons pas de distinction entre le *langage*, le vocabulaire ou encore les mots de vocabulaire, car ils fonctionnent tous comme un *médium*.

Cette théorie nous invite à considérer la *communication* comme étant « la caractéristique distinctive par excellence » de la société (Izuzquiza, 1990 : 385). En effet, le concept de *communication* chez Luhmann intègre implicitement un procédé « interactionniste » fondamentalement social en ce qu'il implique nécessairement au moins deux participants²⁶. À partir de ce procédé interactionniste, la *communication* acquiert une autonomie vis-à-vis de ses participants, autonomie qui s'explique par le fait que la *communication* ne peut pas être attribuée exclusivement ni à l'un, ni à l'autre des participants et qu'elle se distingue clairement de leurs procédés psychiques respectifs (Seidl, 2005). Autrement dit, la communication acquiert de la « distinctivité » par rapport aux opérations psychiques des individus participant à la communication, opérations qui, par leur opacité, ne sont pas intelligibles à autrui et ne sont, par conséquent, pas de nature sociale²⁷. D'une manière assez simple et rapide, nous pouvons dire que Luhmann nous invite à *décentrer les sujets de chair et d'os* (sans que cela implique l'abandon de ces derniers) de l'observation sociologique pour y placer plutôt la *communication* au centre. Les individus sont ainsi situés à la périphérie de la société, soit dans l'environnement des systèmes sociaux.

Suivant ce raisonnement, la société est alors constituée exclusivement de *communications* et organisée en systèmes sociaux (Luhmann, 2010). Cela introduit une rupture par rapport à une idée communément acceptée en sociologie à l'effet que la société

²⁶ Il s'agit du problème de la « double contingence » que Luhmann reprend de Parsons tout en l'adaptant à sa propre théorie de la société. Le résultat est que le concept repris par Luhmann n'est pas un équivalent à celui posé initialement par Parsons (Brunczel, 2010).

²⁷ Le fait que les opérations psychiques ne soient pas d'ordre social n'empêche aucunement le fait qu'elles puissent être « thématiques » dans la communication. La *psychologie* en tant que discipline scientifique représente un exemple de communications, en l'occurrence scientifiques, qui thématisent ces opérations psychiques en les prenant pour objet. Par ailleurs, le fait de distinguer entre pensées et communications n'empêche pas de reconnaître que les pensées peuvent « stimuler » la communication, voir l'orienter (Luhmann, 2002).

se compose de l'ensemble des individus (Ferrarese, 2007 : 60; Izuzquiza, 1990 : 385). La perspective luhmannienne nous invite alors à concevoir les victimes d'actes criminels, non plus simplement comme des êtres humains de chair et d'os, mais aussi – peut-être même surtout – comme des *artefacts sémantiques* (Teubner, 1992), des « points de référence », des « techniques d'imputation » (Ferrarese, 2007, 87), des « symboles », des « constructions », voir des « fiction[s] nécessaire[s] en tant que formes[s] pour que les systèmes sociaux se reproduisent » (Kaipf, 2017, 192). Dans le cadre de notre problématique de recherche, c'est la reproduction du système judiciaire, compris en tant qu'un système social, qui entre en ligne de compte²⁸. Cela pose un regard inédit sur la relation entre le droit criminel et les victimes d'actes criminels, regard qui est bien souvent centré sur les victimes en tant qu'individus en chair et en os. La théorie des systèmes nous invite plutôt à étudier cette relation en problématisant le système social.

Poursuivons notre réflexion en gardant bien en tête que ce qui nous intéresse est la victime en tant qu'une « construction » du système judiciaire. De la même manière que pour les autres systèmes sociaux, le système judiciaire *présuppose* des êtres humains qui ont des noms, des qualités, des intérêts, etc. Il présuppose également des désignations pour des objets et des actions (Luhmann, 1989, 139). Le langage offre une base commune pour les systèmes sociaux et les systèmes psychiques afin qu'ils puissent opérer:

« the ordinary meanings of words (of names, numbers, designations for objects and actions, etc.) can, and must, be presupposed. In the legal system, then, Mr. Miller is still Mr. Miller. If he is only claiming to be Mr. Miller, and [if] this question must be examined within the legal system, then a language that is generally comprehensible is indispensable for resolution of that question as well. » (Luhmann, 1989, 138-139).

²⁸ Nous y reviendrons au point 1.2.2 qui suit.

Il nous semble toutefois nécessaire de souligner certains aspects théoriques par rapport à la forme « victime concrète ». Il est essentiel de souligner, dans un premier temps, que nous la traitons ici comme un équivalent fonctionnel de la forme « personne ». Cette dernière ne désigne pas un être humain²⁹ à part entière, mais plutôt son corrélat interne à *l'intérieur du système social*³⁰. En d'autres termes, la forme « personne » constitue un espace ou une ouverture que les systèmes sociaux créent pour maintenir une relation de stimulation avec leur environnement psychique³¹ en se rendant réceptif aux inputs des êtres humains et en leur attribuant des attentes³².

Dans un deuxième temps, il convient d'indiquer avec Kaipl (2017, 192) que sans le bruit des systèmes psychiques, on ne pourrait plus parler de la forme personne, car sans cette perturbation, « la forme personne se désintégrerait à chaque instant pour intégrer une nouvelle forme ». Autrement dit, pour que la forme « personne » soit opérationnelle, elle doit être soutenue par des perturbations environnementales qui se traduisent par la participation impliquée d'individus concrets en chair et en os. La forme « personne » agit alors comme une « charnière symbolique » entre les systèmes sociaux et leur(s) environnement(s) (psychique[s]) (Kaipl, 2017, 192). Luhmann (2002b, 217) explique que « In the course of orienting itself, communication is constantly forced to use what psychic systems have already assimilated in their consciousness and what they have not ». Cette citation du sociologue allemand souligne la dépendance des systèmes sociaux à l'égard des

²⁹ Chez Luhmann, la notion d'être humain est réservée pour désigner l'agglomération d'un organisme avec un système psychique (Ferrarese, 2007).

³⁰ Cela découle de la condition moderne d'une société fonctionnellement différenciée et hautement complexe qui marque une rupture entre « l'existence individuelle » et les « phénomènes sociaux » (Kaipl, 2017, 191).

³¹ Pour les systèmes sociaux, il s'agit d'une question de survie, car sans perturbations environnementales (psychiques), aucune communication n'est possible et, par conséquent, l'existence des systèmes sociaux s'en retrouverait compromise.

³² Parfois, les attributions du système peuvent rejoindre les inputs des victimes.

systèmes psychiques (environnement) et, du coup, de leur nécessaire co-évolution pour exister³³.

Si la forme « personne » demeure générale et flexible, ce sont les rôles³⁴ qui, à leur tour en occupant ces ouvertures, orienteront la forme personne³⁵. Par exemple, dans l'univers judiciaire, les rôles de « *juge* », de « *procureur de la couronne* », d'« *avocat de la défense* » et celui de « *victime* » constituent des formes plus précises que la *forme personne*. À l'intérieur d'un rôle ou d'une forme personne, un individu concret³⁶ peut « orienter [ses] opérations personnelles [psychiques] de sorte à conditionner, ce qui se passera dans l'environnement [social] » (Kaipl, 2017, p. 193). Il peut arriver également que le *système psychique* soit contraint d'adopter la *forme personne* « sans que cela change la référence de la conscience » (Ibid.). Autrement dit, les opérations psychiques (personnelles) se limitent au cadre établi par la forme personne sans que cela ne soit perçu comme une *hétéro-référence*. Cela se produit lorsque les opérations du système psychique du procureur de la couronne ou du juge se déploient à l'intérieur des limites de leur rôle respectif.

Ces développements théoriques signifient que dans le contexte des procédures judiciaires actuelles (telles que décrites au point 1.1.), le système judiciaire utilise la forme

³³ Cette co-évolution entre systèmes sociaux et systèmes psychique s'opèrent dans le médium du « sens » (*Meaning*; Luhmann, 2002b, 225). C'est en ce sens que Sosoe (2017, 12) présente ce médium comme étant le « médium d'opération » des systèmes sociaux et des systèmes psychiques.

³⁴ Il faut concevoir ici la notion de « rôle » au sens luhmannien du terme et non au sens Parsonien ou Durkheimien. Pour une analyse comparative de la notion de « rôle » chez Talcott Parsons, Émile Durkheim et Niklas Luhmann, voir le texte d'Éva Debray dans le collectif édité par Sosoe (2017) et intitulé « *Systèmes psychiques et systèmes sociaux* ».

³⁵ Dans la mesure où le concept de « rôle » est compris comme étant un « complexe d'attentes » (Luhmann, 2001), cela suggère que la forme « personne » puisse être comprise comme un médium pouvant prendre la forme de tel ou tel rôles sociaux.

³⁶ Dans le cadre de notre recherche, la notion d'individu est entendue comme un synonyme de la notion luhmannienne d'*être humain*, c'est-à-dire qu'il renvoie à un être en chair et en os.

« personne » afin de permettre aux individus en chair et en os ayant été victimes d'un acte criminel de participer aux procédures judiciaires. Cet usage de la forme « personne » permet aux déclarations des victimes de se transposer en de l'information *juridiquement* pertinente³⁷ à l'intérieur des frontières communicationnelles du système judiciaire. Nous désignons cet usage particulier de la *forme personne* par le système judiciaire en tant que la *forme victime concrète*. Ce sont les procédés psychiques des individus victimisés (environnement) qui alimentent cette forme victime concrète et que le système judiciaire transpose en *matériau authentiquement juridique*.

Sur le plan empirique, lorsque le système judiciaire observe la victime comme une personne, il mobilise la distinction « victime/accusé » (Pires, 2002b, 20). Grâce à la *forme victime concrète*, le système judiciaire fait référence aux individus victimes d'actes criminels en recourant à leur nom ou leurs initiales et parfois en recourant à leur statut ou à leur rôle au sein des procédures judiciaires. Les énoncés suivants témoignent de ces références à la victime concrète :

« C.L.'s recovery, if it ever comes, will be preceded by years of torment, counselling, and anguish as she struggles in the aftermath of what has been done to her. Her life will likely never become what it would have been if Mr. I. had simply stayed out of it. » (*R. v. R.R.I.*, 2016 N.S.J. 452, par. 70).

« L'accusé a, par la force, voulu affirmer son pouvoir sur la victime. » (*R. c. A.R.*, 2004 J.Q. 10754, par. 25).

« Premièrement, le Tribunal doit tenir compte, dans la configuration de la peine, des "dommages et pertes" subis par *madame Chabani*. Or, comme une déclaration de la victime a été produite au dossier de la Cour et que *madame Chabani* a témoigné sur ces enjeux, la preuve de ces "dommages et pertes" découle de sa déclaration et de son témoignage : ils sont clairement établis » (*R. c. Ramla*, 2016 J.Q. 3070, par. 99).

« That's where the first two young ladies in that vehicle were killed. That was *Terrah Higginbotham and Angela Meyer*. Also, in that same vehicle were their friends, two of the gentlemen that were -- young gentlemen that were injured as it appears in the Indictment. That was *Brian Lowe and Keith Oftebro* » (*R. v. Mooswa*, 2004 S.J. 851, par. 95).

³⁷ Nous distinguons entre deux types de pertinence dans la section 3.2.2.

Que ce soit « C.L. », « madame Chabani », la « victime » ou toutes autres références équivalentes, elles désignent toutes, à l'intérieur du système, des *formes victime concrète* qui ont pu être connectées au fil causal du système judiciaire tout en désignant simultanément, mais dans l'environnement de la société, des individus en chair et en os.

Ainsi, une différence est tracée entre l'individu concret et la *forme victime concrète* qui est construite à partir de lui par le système. Si d'un point de vue théorique, une *personne* et un *rôle* désignent tous les deux des « complexes d'attentes », ces formes ne sont constituées que de certaines attentes qui ont été sélectionnées lors de leur construction par le système. Nous pouvons alors réinvestir la « forme personne » comme un médium disponible pour les divers systèmes sociaux. En tant que tel, toutes les attentes pouvant être imputées à un être humain gravitent autour du médium *personne* et les systèmes sociaux en sélectionnent certaines pour construire leur propre forme « victime »³⁸.

Au sein du système judiciaire, la *victime concrète* inclut également les proches de la victime ou quiconque a subi un tort découlant de l'infraction. Les tribunaux observent ces victimes collatérales à travers la distinction « victime directe/victime indirecte ». Dans les délits routiers, les tribunaux sont souvent confrontés à cette situation où la victime directe est décédée et dans laquelle ce sont les proches du défunt qui participent aux procédures judiciaires. Dans les drames familiaux où la mort d'un enfant a été causée par l'un des parents, les tribunaux observent l'autre parent et les grands-parents (autant les parents de l'accusé que les parents de l'autre parent innocent) comme des victimes. Par exemple, dans

³⁸ Ainsi, nous pouvons avancer l'idée selon laquelle la victime, en dépit de certaines similitudes, n'est pas la même pour le système de droit criminel, le système politique, le système de médias de masse, etc. Chaque système qui mobilise le médium « victime » construit sa propre forme victime.

l'affaire *Turcotte*, la cour avait observé la mère des enfants tués par leur père comme une proche des victimes :

« Que dire de Madame Gaston, mère des enfants. Lors des représentations sur la peine, elle a témoigné de façon digne et a expliqué sobrement comment sa vie a été bouleversée par les événements et tous les efforts qu'elle a dû fournir pour ne pas sombrer dans le désespoir et continuer à vivre. Sa peine est incommensurable, elle ne pourra voir ses enfants grandir, ne pourra plus les chérir. À son âge, dit-elle, elle ne pourra certainement plus connaître les joies d'être maman, cela est perdu pour toujours. » (*R. c. Turcotte*, 2016 QCCS 112, par. 61).

Il en va de même pour les parents de M. Turcotte. Au-delà de la perte des joies d'être grands-parents, la Cour supérieure du Québec avait considéré la perte de la fierté que suscitait, jadis, leur fils (M. Turcotte) comme une source de victimisation (un tort ou une conséquence du crime) :

« [...] La famille de l'accusé et surtout ses parents qui l'ont accompagné pendant toutes les procédures judiciaires sont également atteints par les actes commis par leur fils. La fierté qu'ils éprouvaient s'est éteinte pour être remplacée par quelque chose de moins glorieux et plus culpabilisant. » (*R. c. Turcotte*, 2016 QCCS 112, par. 60).

La catégorie « proches de victime », en tant qu'une *forme victime concrète*, peut désigner une variété d'individus qui ont subi un tort *indirectement*. Il convient de s'interroger sur les limites que les tribunaux ont tracées à l'égard des proches des victimes. Le questionnement de cette limite est au cœur de la décision *Daley* rendue en 2002 par la Cour du banc de la reine du Nouveau-Brunswick. L'accusé a été déclaré coupable de conduite dangereuse ayant causé la mort. En vue de déterminer la peine, le procureur avait voulu introduire 15 déclarations de la victime. De son côté, l'avocat de la défense s'est opposé à l'introduction de sept d'entre elles, notamment les déclarations du parrain et de

la marraine de la victime ainsi que celles de son cousin, sa tante, ses amies et voisins. La question que la Cour du banc de la reine du Nouveau-Brunswick a dû trancher n'était pas encore celle de la peine juste et adéquate devant être imposée à l'accusé, mais plutôt celle de savoir si les déclarations des victimes auxquelles l'avocat de la défense s'opposait étaient admissibles dans le processus de détermination de la peine.

Cette question est très intéressante du point de vue de notre recherche, car elle provoque un contexte de réflexivité du système judiciaire à l'égard de la notion de « victime ». Dans cette affaire, si le tribunal a exclu certaines déclarations de la victime, c'était moins en raison de *qui* les avait soumises que de leur contenu. En effet, certaines déclarations faisaient des recommandations sur la peine qui devrait être imposée alors que d'autres déclarations contenaient des demandes de vengeance personnelle³⁹. Le tribunal a exclu les passages qui posaient un problème à l'intégrité du processus de détermination de la peine comme ceux qui demandent vengeance, mais il a conclu néanmoins que :

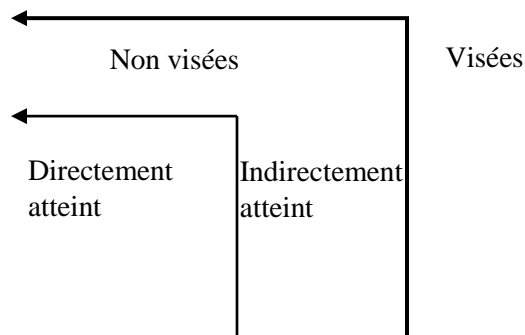
« Les victimes de crimes ne sont pas que les victimes directes du crime. Elles sont aussi les personnes directement atteintes par sa perpétration, que ce soit au plan moral, matériel ou corporel. On pourra se reporter, sur ce point, à R. c. Duffus (2000), 40 C.R. (5th) 350 [R. c. D., [2000] O.J. No. 4850], où la cour a permis à un père dont le fils avait été agressé sexuellement par l'accusé de produire une déclaration de la victime. » (R. c. Daley, 2002 NBQB 393, par. 21; nos italiques).

Dans ce passage, le tribunal distingue entre « victimes directes du crime » et « personnes *directement* atteintes par le crime » (proches des victimes). Il est à noter que le tribunal n'utilise pas l'adjectif « indirecte » ou l'adverbe « indirectement » pour observer

³⁹ Nous allons traiter de la réception des attentes que les victimes entretiennent à l'égard de la sanction dans la partie III de l'analyse. Nous verrons qu'elles peuvent aller dans le sens de la répression et dans le sens de la clémence.

le concept de victime. Lorsque c'est le cas, la distinction qui se dessine insiste sur le fait que la victime indirecte n'était pas l'objet de l'intention coupable du délinquant tandis que c'est le cas de la victime directe. Cependant, ce ne sont pas dans ces termes que le tribunal articule ses observations dans l'énoncé ci-haut. En fait, 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 coupable⁴⁰. 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. Nous pouvons schématiser l'observation de la manière suivante :

Figure 1 - L'observation de la victime indirecte



Les victimes indirectes désignent les personnes qui ne servent pas de support matériel à la définition d'une infraction criminelle. Si nous prenons le cas où il y a décès d'une

⁴⁰ Nous pouvons penser que le critère de l'intention coupable peut être utilisé pour distinguer entre victime directe et victime indirecte.

personne, comme dans le cas de meurtre par exemple, il est nécessaire qu'une personne perde la vie pour observer cette infraction. Sans cette condition matérielle, il n'est pas possible d'observer un meurtre (on parvient à observer autre chose, par exemple une tentative de meurtre ou des voies de fait, mais pas l'infraction de meurtre). Contrairement à la personne qui décède, les proches du défunt ne constituent pas une condition matérielle indispensable pour observer l'infraction du meurtre. Dit autrement, nous pouvons très bien observer le meurtre sans prendre en considération les proches du défunt qui vivent un deuil. En introduisant la distinction directe/indirecte dans la distinction non-visées/visées, il devient alors possible d'observer les proches d'une victime directe comme étant *directement atteints* par l'infraction. Puisque les victimes indirectes sont observées comme étant directement atteintes par l'infraction, leurs déclarations sont alors admissibles dans le processus de détermination de la peine pour observer, non pas l'infraction, mais certaines des conséquences qui en découlent. La cour du banc de la reine du Nouveau-Brunswick a conclu que :

« ...tous les auteurs des déclarations de victimes contestées font partie de la famille de Jeret Melvin [défunt] ou qu'ils sont assez proches de la famille pour répondre à la définition du mot "victime", employé au paragraphe 722(1) du Code criminel. » (*R. c. Dawey*, 2002 NBQB 393, par. 30)

Dans *Daley*, la limite établie pour déterminer qui peut soumettre une déclaration de la victime parmi ceux et celles ayant été *indirectement visés par l'infraction, mais néanmoins directement atteints par elle*, est celle du lien familial avec la victime directe ou de la proximité avec la famille du défunt. En effet, ceux qui « font partie de la famille » de la victime directe ou ceux qui en sont « assez proches » sont reconnus comme des « victimes » par le tribunal. Pour tracer cette limite, la cour du banc de la Reine du

Nouveau-Brunswick s'est appuyée sur la décision *Roberts* rendue par la cour du banc de la Reine de l'Alberta en 2001. Dans cette décision, le tribunal avait déclaré inadmissible les déclarations soumises par le partenaire d'affaire et le directeur administratif de l'organisation professionnelle du défunt :

« 25 Dans *R. c. Roberts*, 2001 CarswellAlta 823 (C.B.R. Alb.), [...] Le juge Martin a constaté que les déclarations des membres de la famille du défunt répondaient aux exigences de l'article 722 et a conclu à leur admissibilité. Il a conclu, cependant, que la déclaration de la victime produite par *le partenaire d'affaires du défunt*, qui expliquait ce qu'avaient été les répercussions du décès sur lui et sur leur entreprise, et la déclaration du *directeur administratif de l'organisation professionnelle du défunt venaient de personnes trop éloignées du défunt pour constituer des déclarations de victimes au sens du paragraphe 722(4); il a jugé qu'elles étaient inadmissibles en application de cette disposition. [...]* » (*R. c. Roberts*, 2001 CarswellAlta 823 (C.B.R. Alb.) cité dans *R. c. Daley*, 2002 NBQB 393, par. 25; notre souligné)

Dans des termes luhmanniens, nous pourrions avancer l'idée selon laquelle la limite établie par le tribunal dans *Roberts* et réitérée dans *Daley* est celle de l'*intimité*. Chez Luhmann, l'intimité constitue une forme particulière d'interpénétration, notamment une « interpénétration interhumaine » (Luhmann, 2002b, 224) qui s'oppose aux interpénétrations entre systèmes sociaux et aux interpénétrations entre systèmes sociaux et systèmes psychiques. L'*intimité* émerge lorsque « *more and more domains of personal experience and bodily behavior become accessible and relevant to another human being and vice versa* » (Luhmann, 2002b, 224). Lorsqu'un proche décède, peu importe la cause du décès, nous sommes alors confrontés à un vide qui était comblé par le lien qui nous unissait au défunt. À la lumière de l'interpénétration interhumaine, il apparaît que l'élargissement de la notion de « victime » pour y inclure ses proches constitue une prise en compte de ce vide laissé par le défunt. La prise en compte de ce vide constitue une

considération du lien social qui prévalait entre la victime et ses proches⁴¹. Toutefois, cette prise en compte des liens sociaux ne remet pas en cause l'atomisme qui s'opère à l'égard de l'accusé au moment de déterminer la peine⁴².

Cependant, il faut dire que dans l'affaire *Roberts* la Cour du banc de la Reine de l'Alberta aurait pu décider autrement si elle avait eu à rendre sa décision après l'adoption de la *Charte des droits des victimes*⁴³. Comme nous l'avons indiqué plus haut (1.1.3), cette charte a introduit, d'une manière tout à fait subtile, la *déclaration au nom d'une collectivité* (*Community Impact Statement*). Une conséquence de cette nouveauté est celle de faire de la *forme collectivité* une forme hybride, pouvant être comprise à la fois comme une forme *concrète* qui participe de manière impliquée dans les procédures judiciaires et une forme *abstraite* dont la participation est faite, quant à elle, de manière non incarnée, c'est-à-dire sans qu'il n'y aille de représentant.

La forme *victime concrète* que nous venons de traiter est une forme construite par le système à partir d'un *substrat*, c'est-à-dire à partir d'un être humain réel, identifiable, nommable et incarné dans les procédures judiciaires notamment en injectant de l'information. Ces victimes concrètes peuvent avoir été touchées directement ou indirectement par la commission de l'infraction. Notre recherche s'articule exclusivement autour de ces victimes concrètes, laissant de côté les autres formes de victimes telles que la collectivité, l'administration de la justice et la société.

⁴¹ Dans le cas où le coupable est un proche de la victime, le lien social est pris en considération, mais pour augmenter la culpabilité du coupable dans les termes d'un abus de confiance.

⁴² Une thèse de doctorat portant sur le rapport entre le lien social et les liens sociaux dans la détermination de la peine est présentement en cours au sein de la *Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale*. La recherche en question est conduite par Sophie de Saussure, candidate au programme de doctorat en droit de l'Université d'Ottawa.

⁴³ Voir précédemment, section 1.4.2.

Cette manière de concevoir la victime, soit comme un conglomérat d'attentes créé par et pour le système judiciaire, découle d'une perspective systémique qui conçoit la société et les sous-systèmes différenciés en son sein, comme des systèmes sociaux.

1.2.2. Le concept de « système judiciaire »

Nous avons évoqué précédemment que la société n'est pas constituée de sujets ou d'individus, mais seulement de « communications ». Ainsi, la théorie des systèmes nous invite à se représenter la société comme un *système social*⁴⁴ composé de la totalité de la complexité communicationnelle, ce qui fait d'elle le *système social le plus abstrait et le plus complexe*. Cette manière de conceptualiser la société introduit un point de divergence par rapport à une conception de la société comme étant territorialisée, composée de différents États nations (Luhmann, 1982, 132)⁴⁵. Avec Luhmann, nous sommes ainsi confrontés à une théorisation atypique qui suscite souvent bien des malentendus (Moeller, 2011; King et Thornhill, 2003; Ferrarese, 2007). Cette théorisation nous paraît néanmoins à même de mieux comprendre, dans le contexte de la détermination de la peine, la complexité communicationnelle qui entoure le système judiciaire dans son rapport aux victimes. Le système judiciaire étant ici considéré comme un sous-système partiellement imbriqué dans le système de droit criminel (SDC), lui-même considéré comme un sous-système différencié à l'intérieur du système juridique, non pas au niveau de la fonction, ni au niveau du code, mais bien au niveau du programme (Dubé, 2015). Avant d'entreprendre

⁴⁴ Les expressions « société », « système social global » et « système social mondial » sont des synonymes.
⁴⁵ Luhmann explique que seul le système politique continue à utiliser les frontières territoriales dans la modernité parce que ce serait, pour ce système particulier, « la meilleure façon d'optimiser sa fonction » (Luhmann, 1982, 6; notre traduction).

les développements théoriques en lien avec la *clôture opérationnelle* du système judiciaire, nous devons clarifier le rapport entre le système judiciaire et le système de droit criminel.

1.2.2.1. Le système judiciaire et le système de droit criminel comme des systèmes sociaux

Du point de vue de la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann, dans le contexte de la modernité, la société s'organise selon le principe de la *différenciation fonctionnelle* (Luhmann, 1997). Selon ce principe, les *sous-systèmes communicationnels* se différencient à l'intérieur de la société⁴⁶ en se spécialisant autour d'une *fonction*⁴⁷ leur étant spécifique. Nous pouvons parler dans ce cas de *systèmes fonctionnels*.

Parmi les systèmes fonctionnels différenciés au sein de la société, nous retrouvons le système juridique qui se spécialise autour de la fonction de *stabiliser des attentes normatives*, le système politique qui se spécialise autour de la fonction de la prise de décisions collectivement contraignantes (ou engageantes), le système des *médias de masse* qui a pour fonction de fournir une autodescription de la société et plus spécifiquement « en la production et le traitement de la capacité d'irritation du système social », etc. (Ferrarese, 2007, 41). Chacun de ces systèmes fonctionnels observe la société selon le « point de vue » de leur fonction auquel vient se greffer un code binaire d'observation spécifique et

⁴⁶ Un système social se différencie au sein de la société, et non de la société. L'expression « se différencier de la société » est en effet à proscrire lorsqu'on se réfère aux systèmes sociaux, car elle supposerait qu'un système social soit composé d'autres éléments que la communication. Par contre, *au sein de la société*, des systèmes sociaux peuvent se différencier les uns des autres, le système juridique du système économique par exemple.

⁴⁷ Contrairement au courant structuralo-fonctionnaliste qui accorde une priorité épistémologique à la notion de structure, Luhmann accorde cette priorité à la notion de *fonction*, ce qui fait d'elle une condition de possibilité pour l'émergence de systèmes sociaux (Izuzquiza, 1990, 381). La fonction correspond alors à un « problème de référence » autour duquel un système social s'articulera pour offrir des « solutions » fonctionnellement équivalentes (Friedberg, 1978, 595, note 10). Par exemple, le droit civil et le droit criminel, tous deux différenciés à l'intérieur du système juridique dont la fonction est la *stabilisation des attentes normatives*, offrent des solutions équivalentes sur le plan fonctionnel (Dubé, 2015).

propre au système. Le système juridique ne peut observer la société qu'à travers la distinction « *légal/illégal* », le politique ne peut, quant à lui, l'observer qu'à travers la distinction « *gouvernement/opposition* », le système économique ne peut, pour sa part, observer la société qu'à travers la distinction « avoir/ne pas avoir » (Ferrarese, 2007, 100). Ces sous-systèmes de fonction, tel que le système juridique, se « perdiffréncient » à leur tour à l'intérieur. Des sous-systèmes dans des sous-systèmes dans des systèmes, voilà comment le système social gagne en complexité selon le principe de différenciation fonctionnelle.

Toujours selon ce principe, le système de droit criminel s'est différencié « *grammaticalement* » à l'intérieur du système juridique (Dubé, 2015, 66) au cours de la deuxième moitié du XVIII^e siècle (Pires, 2001a, 181). Le système de droit criminel est cette entité sociale qui participe à la fonction de maintenir contrefactuellement l'attente sociale généralisée selon laquelle certains comportements sont interdits. La stabilisation de cette attente généralisée, le système de droit criminel l'effectue d'une manière typiquement pénale, c'est-à-dire à partir de la forme « quiconque fait *X* est passible de *Y* » (Dubé, 2012b, 677). Le *X* fait référence au comportement, alors que le *Y* renvoie à la sanction ou à la décision. « Le rapport entre *X* et *Y* », explique Dubé (2012b, 677), « fait ainsi émerger une expectative normative au plan des comportements individuels ».

Ce programme typiquement pénal (« quiconque fait *X* est passible de *Y* »), le système de droit criminel le suit à partir des orientations qui lui sont données par les différentes sources du droit comme les lois, la jurisprudence, la doctrine ou tous autres matériaux juridiques pertinents. Or, pour être opérantes, ces sources du droit nécessitent l'activité d'instances décisionnelles ou d'organisations. Les lois criminelles sont créées par le

pouvoir législatif du système politique, mais elles sont également appliquées par les tribunaux ayant une compétence en matière criminelle et pénale. Les tribunaux s'appuient également sur la jurisprudence, soit les décisions qui ont été rendues dans le passé pour orienter les décisions imminentes.

Dès lors, lorsque nous faisons référence au système judiciaire, nous ne faisons référence qu'aux tribunaux canadiens ayant une compétence en matière criminelle et pénale. Mieux encore, par système judiciaire, nous faisons référence au *réseau de décisions judiciaires ayant été rendue en matière criminelle et pénale*. Se retrouvent ainsi évacuée de la recherche, toutes décisions rendues en matière civile ou administrative, même si ces décisions sont parfois rendues par les mêmes organisations⁴⁸.

En terminant, indiquons que le système judiciaire est compris comme un système social autoréférentiel et que ce qui nous intéresse plus spécifiquement sont les *éléments de son programme qui œuvrent présentement à la mise en forme des attentes victimaires dans les normes de sanction (la détermination de la peine)*.

1.2.2.2. *Le système judiciaire comme un système autoréférentiel*

En tant qu'organisation autoréférentielle, le système judiciaire se reproduit par un type de communication particulier, soit les décisions⁴⁹ (Seidl, 2005, 408). Les décisions

⁴⁸ Par exemple, la Cour du Québec peut entendre, entre autres, des litiges en matière civile et administratives et en matière criminelle et pénale. Pour l'année 2016-2017, 65% des activités de la Cour du Québec correspondaient au traitement de la matière criminelle (35%) et pénale (30%). La matière civile correspondait à 12% des causes entendues par la Cour du Québec pour la même période. Le reste des activités étaient occupés par la matière relative à la jeunesse (17%) et aux petites créances (5%) (Cour du Québec, 2017; en ligne [http://www.tribunaux.qc.ca/c-quebec/CommuniqueDocumentation/fs_comm-uniqes.html])

⁴⁹ Dans le cadre de notre recherche, nous allons utiliser les termes « décisions » et « communications » comme des termes équivalents.

qui nous préoccupent sont celles qui ont trait à la matière criminelle et pénale et particulièrement à la détermination de la peine.

L'autoréférentialité des organisations tient au fait que ces systèmes sociaux particuliers se réfèrent toujours aux décisions qu'ils produisent eux-mêmes à travers leurs propres opérations. Nous pouvons dire qu'ils sont également des systèmes « autopoïétiques » puisqu'ils sont constitués des décisions qu'ils produisent de manière tout à fait autoréférentielle. Cela est possible parce que les organisations et les systèmes sociaux en général intègrent « l'unité de la différence avec [leur] environnement » faisant d'eux des systèmes, comme nous allons le voir, à la fois *clos opérationnellement sur eux-mêmes et ouverts cognitivement sur leur environnement* (Izuzquiza, 1990, 383).

Pour comprendre cette mise en valeur de l'autoréférence dans la théorie des systèmes de Niklas Luhmann, il nous faut distinguer entre le fait d'*opérer* et les *opérations* du système en tant que telles. En suivant Moeller (2011, 223), nous pouvons dire que « *opérer* » désigne ce que les systèmes font et que les « *opérations* » désignent ce de quoi les systèmes sont constitués, ses *éléments*, autrement dit, les *communications* qui ont été *ordonnées* à l'intérieur du système par le système lui-même. Ces *communications* qui ont déjà été ordonnées dans le système peuvent être distinguées, par un observateur externe, de celles qui sont en voie d'être codifiées à partir de la distinction entre le *niveau opérationnel* et le *niveau sémantique* (Luhmann, 1996, 60). Les opérations au niveau opérationnel sont *produites* en *utilisant* les opérations condensées au niveau sémantique dans un processus récursif et non-linéaire. Cette distinction entre *niveau opérationnel* et *niveau sémantique* nécessite quelques précisions.

Le *niveau opérationnel* fait référence à l'existence momentanée des systèmes; ces derniers sont toujours « en train d'opérer » en simultané avec le reste de la société (Luhmann, 1996, 60). À ce *niveau opérationnel*, les systèmes sont occupés avec les communications qui « surviennent actuellement », dans l'immédiat (Ibid.). C'est notamment à ce niveau que les systèmes sont *clos* sur eux-mêmes, ils sont *clos opérationnellement*, ce qui veut tout simplement dire que les systèmes ne peuvent pas *opérer* dans leur environnement et, à l'inverse, que l'environnement ne peut pas *opérer* dans les systèmes⁵⁰ (Luhmann, 1993, 79). C'est notamment à partir de cette *clôture opérationnelle* que les systèmes acquièrent leur autonomie vis-à-vis de leur environnement. Toutes les communications ne peuvent pas constituer les systèmes, autrement ils se confondraient avec leur environnement (Nobles et Schiff, 2013, 6; Clam, 1997, 261). L'environnement, étant beaucoup plus complexe qu'eux, les contraint à faire des sélections, ce qui implique inévitablement d'ignorer certaines possibilités de sélection, mais à partir de quels critères?

C'est au niveau *sémantique* que les systèmes trouvent en eux-mêmes⁵¹ les critères dont ils ont besoin pour effectuer leurs sélections en vue du maintien de leur différence avec leur environnement, sans quoi les systèmes disparaîtraient⁵². Les communications à ce niveau constituent la mémoire des systèmes à laquelle ils se réfèrent pour orienter la sélection des communications qui surviennent en continu au niveau *opérationnel*. Cette

⁵⁰ Nous trouvons là un contraste avec la notion de système ouvert où l'environnement peut déterminer le système.

⁵¹ Ils les retrouvent en eux-mêmes parce que ces critères sont le fruit de leurs propres opérations et non parce que ces critères étaient déjà en eux au moment de leur constitution (Clam, 1997, 255).

⁵² Généralement, les systèmes fonctionnels, hautement différenciés à l'interne, sont en mesure d'assurer leur reproduction à partir de conditions matérielles (entre autres). Par exemple, les différentes organisations juridiques qui composent le système juridique assurent que des individus (juges, avocats, procureurs, parti lésé, accusé, greffier, etc.) vont se rencontrer quotidiennement et participer à la reproduction du système juridique et ce à l'échelle planétaire.

mémoire atteint un tel degré de complexité que les opérations se « *condensent* », se « distillent » et finissent par former des « structures » (Clam, 1997, 260). Puisque le système autoréférentiel s'appuie sur *ses propres structures internes* pour orienter ses opérations futures, nous pouvons dire qu'il est *opérationnellement clos* ou fermé sur lui-même sur le plan de ses opérations.

La notion de *clôture opérationnelle* est primordiale pour la suite de nos développements à l'égard de la relation entre le système judiciaire et les victimes d'actes criminels, car elle est au fondement même de la relation qu'un système donné entretient avec son environnement. Dans ce qui suit, nous allons approfondir cette notion qui est absolument centrale pour comprendre comment se développe la relation entre le système judiciaire et les victimes dans la détermination de la peine.

Dans un premier temps, il convient d'insister sur le fait que la clôture opérationnelle d'un système social donné est étroitement reliée à son autonomie vis-à-vis de son environnement. Comme nous l'avons indiqué, la clôture opérationnelle implique qu'un système donné ne peut opérer dans son environnement et vice-versa. Nous nous retrouvons ainsi en rupture avec un mode de pensée qui conçoit théoriquement le système (juridique) comme l'instrument d'un autre système (politique, économique), comme étant passivement soumis aux pressions externes de son environnement. Contrairement aux théories marxistes qui tendent à décrire la société moderne comme étant subordonnée au système économique, la théorie des systèmes affirme plutôt que la société moderne « [ne se laisse pas] représenter par une partie [d'elle-même] », il faut plutôt la décrire comme une « société acéphale dépourvue d'une perspective de surplomb » (Ferrarese, 2007, 39). Il ne s'agit pas de dire que la société moderne soit dépourvue de toute forme de

subordination, mais plutôt que ces formes de subordination « ne découlent plus de la structure primaire de la société » (Ibid.). En matière de justice criminelle, un problème similaire apparaît dans la sociologie et la criminologie avec l'usage de la notion de « système de justice criminelle ». Cette notion tend à confondre les opérations du système politique et du système juridique (Nobles et Schiff, 2001, 202).

Pour notre part, la conception du système de droit criminel et du système judiciaire auxquelles nous adhérons n'est pas concernée par ce problème. En tant que systèmes sociaux participant à la reproduction du système juridique, ces systèmes ne se confondent pas avec les opérations des autres systèmes sociaux, dont le politique.

Cela dit, précisons que la clôture opérationnelle, tout comme l'autonomie des systèmes à laquelle elle renvoie, ne signifie pas que les systèmes sociaux soient isolés de leur environnement et que ces derniers seraient, par conséquent, non réceptifs aux influences externes (Amado, 1989, 28). Dans le cadre de notre problématique, cela suggère que le système judiciaire, malgré son indépendance, pourrait être amené à réagir aux pressions du public, à l'opinion publique et à celle des victimes. En fait, la clôture opérationnelle des systèmes sociaux, explique Amado (1989, 28), « c'est la manière [par laquelle le système étend] les contacts possibles avec l'environnement ».

Comme le souligne Barel (1983, 466), « l'autonomie est un phénomène paradoxal au sens fort du terme » puisqu'il n'est possible qu'à travers des *relations de dépendance avec l'environnement*. En effet, la clôture opérationnelle des systèmes sociaux est en elle-même la condition de possibilité de son *ouverture cognitive sur son environnement*. Les structures qui orientent la fermeture opérationnelle sont toujours des *structures internes* au système. Ces structures internes peuvent prendre plusieurs formes, dont la forme d'« attentes », car

de ce qui est limité [par les structures du système] apparaît ce qui peut être attendu. En limitant le domaine de possibilité du système, ces structures permettent aux systèmes d'entretenir des « attentes » et de se tourner vers les opérations futures.

Dans le contexte de la théorie des systèmes sociaux, ces attentes ne désignent plus seulement des « états de conscience d'individus », mais surtout une dimension de la communication, notamment la dimension temporelle (Luhmann, 2004, 143). Les systèmes sociaux n'existant que momentanément dans le présent, leur survie dépend alors de leur capacité à produire de la « connexion » ou de la « connectivité » entre des événements communicationnels (Clam, 1997, 254). Les communications, en orientant le système vers le futur, génèrent des attentes que le système peut attribuer à des « personnes⁵³ », des « rôles », des « programmes » et des « valeurs » (Luhmann, 1985, 69). Ce sont en fait des points d'ancrage ou des structures d'accueil pour des opérations futures. La victime peut agir comme point de référence dans les opérations du système en tant que « personne » ou en tant que « rôle ». On peut également penser que les victimes puissent investir certaines « valeurs » comme celle de « justice » ou qu'elles puissent être incluses dans un quelconque programme (ex. programmées dans la loi).

1.2.2.3. *Le programme de la rationalité pénale moderne et l'exclusion des victimes*

Les programmes sont une forme particulière de ce que Seidl (2005, 406) appelle des « *decision premises* » ou des « prémisses décisionnelles ». En tant que tels, les programmes agissent comme « *the structural preconditions for decision making* » (Ibid.). Dans un processus décisionnel donné, les programmes rendent la prise de décision possible en

⁵³ Comme nous l'avons indiqué en travaillant théoriquement la notion de victime, rappelons que « personne » ne renvoie pas ici à un être humain en chair et en os, mais bien à un *construit sémantique*.

limitant le domaine des possibilités, c'est-à-dire en excluant certaines possibilités. Cela est pertinent pour le processus décisionnel qui nous occupe dans le cadre de notre recherche, soit le processus décisionnel par les tribunaux.

Selon la théorie de la rationalité pénale moderne, l'ouverture cognitive du système judiciaire serait, au moment de déterminer la peine, déterminée structurellement par les théories de la peine composant la *rationalité pénale moderne* (RPM). Nous allons, dans ce qui suit, nous intéresser à ces théories de la peine qui jouent hypothétiquement un rôle important dans le processus décisionnel de la détermination de la peine. Toutefois, il conviendrait de glisser un mot sur la théorie de la RPM elle-même avant de plonger dans l'univers de chacune de ces théories de la peine.

La théorie de la RPM a été mise au point par Alvaro P. Pires dans le cadre des recherches menées dans sa *Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale*. Il s'agit d'une théorie sociologique qui problématise « les obstacles à la réforme pratique et institutionnelle du système de droit criminel » (Garcia, 2013, 41) et qui est composée de deux volets obéissant à des objectifs de recherche différents.

La théorie de la RPM offre d'abord et avant tout un cadre d'observation qui permet de *décrire* les attentes normatives du système de droit criminel en relation aux normes de sanction – ce qui correspond au volet descriptif de la théorie (Garcia, 2013, 43). Autrement dit, ce volet descriptif porte sur les théories de la peine qui forment le « système d'idées » auquel le SDC se réfère pour justifier les peines. La théorie de la RPM apparaît dans ce volet comme une *théorie descriptive* qui a pour but de décrire individuellement ces théories de la peine (Garcia, 2013). Une des questions que nous voudrions soumettre à l'analyse empirique est celle de savoir s'il est possible, en matière de détermination de la peine, de

considérer théoriquement les attentes judiciaires attribuées aux victimes comme des signes d'émergence d'une nouvelle théorie de la peine, d'une nouvelle raison de punir où il ne s'agirait plus ou plus uniquement de dissuader, de rétribuer ou de réhabiliter, mais bien de signifier, par la nature de la peine et/ou sa durée, la reconnaissance pénale des victimes et des torts que le crime a pu leur causer.

La théorie de la RPM se présente aussi comme un cadre de référence pour *observer l'évolution du SDC* (Garcia, 2013). Ce deuxième volet comporte deux objectifs de recherche dont le premier est de *décrire* la relation du système à son environnement—notamment son rapport aux idées innovatrices ou aux attentes non afflictives ou favorables aux mesures alternatives qui préservent le lien social—et son influence dans les organisations centrales du droit. Le deuxième objectif, quant à lui, vise à *expliquer* les problèmes évolutifs du SDC en identifiant les obstacles cognitifs à l'institutionnalisation d'idées innovatrices ou d'attentes non répressives (Garcia, 2013). La question que nous soumettrons à l'analyse est celle de savoir si les attentes que le système attribue aux victimes d'actes criminels sont de nature à favoriser l'évolution du SDC et de le faire dans les conditions d'évolution établies par la théorie de la RPM.

Dans la section qui suit, nous allons présenter les théories de la peine de la *rationalité pénale moderne* en insistant particulièrement sur la manière dont elles excluent la « victime concrète » des fondements du droit de punir. Débutons avec la théorie de la rétribution.

1.2.2.3.1. La théorie de la rétribution

Même s'il ne s'est pas beaucoup prononcé sur la justice pénale, Emmanuel Kant est associé à une théorie de la peine criminelle rétributive (Pires, 1998c, 6). Cette théorie de la peine reprend des *adages* religieux comme la loi du talion du droit hébraïque, mais aussi

certaines principes – que nous ne prendrons pas le temps d’aborder ici – de la théorie de l’expiation de saint Anselme (1098) et des réflexions philosophiques de Thomas d’Aquin (1265)⁵⁴. Nous allons nous restreindre ici à la théorie *moderne* de la rétribution qui a été laïcisée par Kant au courant du XVIII^e siècle.

Nous pouvons nous référer, en guise de point de départ, à la distinction entre l’illicite pénal et l’illicite civil que trace la théorie rétributive de Kant. Comme l’observent Pires et Acosta (1994, 15), la pensée kantienne en matière de justice se caractérise partiellement par l’opposition explicite entre l’illicite pénal ou criminel et l’illicite civil⁵⁵. Cette distinction entre ces deux formes d’illicites alimente la « conviction conceptuelle selon laquelle il existerait deux ‘mondes juridiques’ distincts » : le droit criminel et le droit civil (Ibid., 16). La conviction de l’existence de ces deux illicites amène Kant à considérer que la « désobéissance à la loi pénale est en quelque sorte un mal séparé du tort causé à une victime spécifique » (Pires, 1998c, 28). Ainsi, la personne qui a subi les conséquences d’un tort (civil ou criminel) n’est pas « construite » de la même manière par ces deux « mondes juridiques ». Dans le droit criminel, nous l’avons vu, la victime concrète est le *témoin* d’une transgression à la *moralité du groupe*, tandis que dans le conflit mis en forme dans le droit civil, elle est considérée comme la *partie lésée*. Toutes les théories de la peine que nous allons présenter reproduisent ou supposent ce clivage entre ces deux types d’illicite. La spécificité de la théorie kantienne se trouve donc ailleurs.

Pires (1998, 20-21) explique que la théorie de la peine criminelle de Kant, contrairement à la sanction civile, détient le statut d’un *impératif catégorique*, c’est-à-dire qu’elle répond à une *obligation morale de punir*. Cela peut nous permettre de mieux

⁵⁴ Voir Pires, 1998c, 21; Pires, 2014, 166-177; Pires, 2015, 262-264.

⁵⁵ Kant utilisait plutôt la distinction entre « crime privé/crime public » (Pires et Acosta, 1994, 37, note 31).

comprendre l'évacuation des attentes victimaires dans la justice criminelle de Kant. En effet, en plaçant la *Moralité* ou la *Justice*⁵⁶ au fondement du droit de punir, Kant en vient à considérer *exclusivement* l'entrave à cette *Moralité* ou à cette idée de *Justice* et à laisser entre les mains d'une autre instance, en l'occurrence le droit civil, le soin de répondre aux attentes de la victime concrète. Le juge qui observe par exemple un illicite pénal comme les voies de fait et qui le fait à partir des structures cognitives de la théorie de la rétribution kantienne voit d'abord et avant tout, comme conséquence de l'acte, une atteinte à la *Moralité* ou à l'idée de *Justice* et voit également, comme devoir professionnel, l'obligation d'y remédier par la peine. Dans ce schème d'observation, si les conséquences de l'acte sur la victime concrète ne sont pas perdues de vue, elles ne fondent pas en soi d'obligations professionnelles de réparation, de compensation ou de valorisation du pardon. En ce sens, un juge peut voir les torts causés à la victime et même y être personnellement sensible, mais ce rapport aux victimes concrètes n'est pas celui du système au sein duquel il œuvre et à travers lequel il est tenu de « penser » et d'intervenir. Si la théorie de la rétribution préconise une justice expiatoire, un mal pour un mal, c'est bien de l'expiation d'un mal illégitime causé à la *Moralité* ou à la *Justice* dont il s'agit, et non du mal causé à la victime concrète. La peine, dans le cadre de référence de la théorie de la rétribution, doit être une fin en elle-même et non pas un moyen pour atteindre une autre fin (Kant, 1785, 50)⁵⁷.

La souffrance de la sanction pénale rétributive doit être infligée selon une interprétation particulière de la *loi du talion*⁵⁸, laquelle prend le sens d'une

⁵⁶ La *Justice* chez Kant ne renvoie pas à la justice pénale ou civile, mais plutôt à une idée abstraite.

⁵⁷ Dans son ouvrage *Fondements métaphysique des mœurs* (1785, 50), Kant énonce cette idée de la manière suivante : « la volonté dans toutes les actions est à elle-même sa loi, n'est qu'une autre formule de ce principe: il ne faut agir que d'après une maxime qui puisse aussi se prendre elle-même pour objet à titre de loi universelle ».

⁵⁸ Pires (1998, 29), en s'appuyant sur Draï (1991), explique que la *loi du talion* correspondait à une limite à la hausse, c'est-à-dire qu'elle imposait uniquement une limite maximale en énonçant « pas plus d'un œil pour

« proportionnalité miroir » entre le crime et la peine, c'est-à-dire que le mal de la peine doit être *équivalent*, selon une certaine analogie, au mal causé par le délit. Nous pourrions voir dans ce principe une ouverture pour intégrer les attentes de la victime en matière de peines comme c'était le cas dans les droits anciens, mais la proportionnalité entre le crime et la peine se fait, non pas à partir du tort causé à la victime concrète, mais à partir d'une analogie abstraite entre le crime et la peine. Nous pouvons parler d'une analogie *abstraite* parce que « le mal (concret) causé par la peine est reconnu, mais conçu comme *devant causer* un bien moral immatériel » (Pires, 2001a, 184). L'analogie la plus évidente chez Kant se retrouve dans le cas du meurtre où la peine de mort est exigée par sa théorie de la rétribution en vertu de la *loi du talion*.

On retiendra de ce qui précède qu'au sein de la théorie kantienne de la rétribution, tout mode alternatif de résolution de conflit se retrouve marginalisé par l'opposition entre droit criminel/droit civil et par *l'obligation morale* de punir l'auteur du crime par l'intermédiaire d'une peine afflictive. La théorie de la rétribution ne saurait par exemple considérer comme admissible un dédommagement entre les individus concernés par un conflit, ce qui relèverait, de son point de vue, de l'« impunité »⁵⁹ (Pires, 1998c, 28). On retiendra par ailleurs l'idée que le fondement du droit de punir dans la théorie de la rétribution se réfère à un principe moral abstrait ou encore à « une certaine idée de justice » (Dubé, 2008, 42). C'est en se référant à cette *Moralité* ou à la *Justice* que les attentes en matière de peine criminelle sont mises en forme et c'est en se référant à cette même idée

un œil, et pas plus d'une dent pour une dent ». Dans le droit hébraïque, rien n'empêchait d'évaluer la proportionnalité de la peine à la baisse. En ce sens, un œil n'exigeait pas un œil, comme une dent n'exigeait pas une dent, mais si la situation exigeait la sévérité maximale, l'œil et la dent marquaient les limites.

⁵⁹ La notion d'impunité dans la théorie de la rétribution n'est pas synonyme de l'absence d'intervention, mais strictement d'absence d'intervention du droit criminel.

de justice qu'ont été traditionnellement ignorées les attentes des victimes en matière de sanctions.

1.2.2.3.2. La théorie de la dissuasion

Les principaux contributeurs de la théorie de la dissuasion dans sa version moderne sont Cesare Beccaria et Jeremy Bentham. Elle apparaît dans sa version *moderne* pour la première fois en 1764 avec la publication du traité de Beccaria intitulé « *Des délits et des peines* » (Pires, 1998b). Plus tard, en 1811 Bentham publie son ouvrage intitulé « *Théories des peines et des récompenses* » dans lequel il prend position sur l'intervention pénale à partir d'une perspective utilitaire. Contrairement à la théorie de la rétribution kantienne, la théorie de la dissuasion élaborée par Beccaria et Bentham préconise en effet l'*utilité* de la peine. Pour être juste, la peine doit être utile, pour être utile, elle doit pouvoir prévenir les délits en « ôtant l'audace »⁶⁰ à quiconque envisagerait commettre un délit, ce que Bentham nomme la prévention générale.⁶¹

Pour Beccaria, le fondement du droit de punir découle de sa théorie du « contrat social » (1764, 18). Comme celles des autres publicistes,⁶² la théorie du « contrat social » de Beccaria consiste en une fiction philosophique qui vise à « légitimer les rapports civils et le droit étatique, aussi bien que [...] l'État » (Höffe, 1993 cité par Pires, 1998b, 29). En ce sens, pour paraphraser Pires (1998), ces théories ne prétendent pas décrire un évènement

⁶⁰ Bentham (1840, 10) distingue trois manières dont la peine peut prévenir le crime. Tout d'abord, « en ôtant le pouvoir physique de commettre un délit de nouveau », ce qui correspond à la neutralisation (nous y reviendrons). Ensuite, en enlevant l'envie de commettre le délit à nouveau, ce qui correspond à une réforme morale (ou réhabilitation). Finalement, la peine peut prévenir un individu de commettre un délit en « lui ôtant l'audace (Ibid.).

⁶¹ Nous n'établissons pas de distinction entre la « prévention générale » et la « dissuasion générale » étant donné que ces deux perspectives visent à « ôter l'audace » à quiconque envisagerait commettre un délit.

⁶² Nous pouvons mentionner Rousseau, Hobbes et Locke par exemple.

historique, mais proposent plutôt de réfléchir sur le fondement de la société. Ces fictions philosophiques décrivent le passage d'un état de nature à la formation de la société. Dans l'état de nature, tous les hommes possédaient leur totale liberté et partageaient le droit de punir (ou de vengeance) en vertu du droit naturel. Dans ce contexte, ce sont les individus eux-mêmes qui doivent se protéger et se défendre contre les aléas de la vie quotidienne. Cependant, les hommes, selon les théories du « contrat social », seraient lassés de vivre dans un tel état de nature et acceptèrent de se départir de la plus petite portion de liberté possible en échange d'une sécurité qui leur permettrait de profiter pleinement de la part de liberté restante. Le droit de punir ne serait plus partagé entre les hommes, mais réservé au souverain en charge d'offrir une sécurité à l'ensemble des individus de la société. Nous pouvons dire, en nous appuyant sur Pires (1998, 26), qu'au fondement du droit de punir se trouve « l'idée de sécurité des individus ou du groupe ».

Chez Beccaria, le fondement de punir se trouve dans la nécessité de défendre le dépôt de toutes les « portions de libertés sacrifiées » (1764, 20) par les individus afin de sortir de l'état de guerre perpétuel. Ainsi, l'État peut punir en toute légitimité les individus qui transgressent la norme pénale étant donné qu'ils auraient préalablement consenti à ce « contrat social ». Pour Bentham (1840, 9), le fondement du droit de punir se trouve plutôt dans *la nécessité* de la peine, dans son *utilité* même de prévenir les crimes et non pas dans la nécessité de défendre les « libertés sacrifiées » dont parle Beccaria.⁶³ Malgré cette divergence entre les auteurs, ils arrivent tous les deux à une interprétation étroite du droit de punir qui prend le sens d'une *obligation pratique de punir* au lieu d'une *autorisation de*

⁶³ La nécessité de la peine fait ressortir la vision négative des délinquants qui sont décrits comme les « ennemis du public »; Bentham affirme alors, en référant à la fiction du contrat social « où est le besoin que des ennemis consentent à être désarmés et contenus? » (Bentham, 1840, 9).

punir. Il se produit alors un glissement de sens passant d'un droit de punir au sens d'une *autorisation* en vertu du « contrat social » à une *obligation de punir* pour atteindre un objectif de prévention. Pour comprendre ce glissement de sens entre le *droit de punir* et l'*obligation pratique de punir*, il faut expliciter les paramètres de la théorie de la dissuasion, c'est-à-dire les éléments qui en favorisent la réalisation, soit la *sévérité*, la *certitude* et la *promptitude* de la peine.

En ce qui a trait à la sévérité de la peine, Beccaria insiste sur la proportionnalité des sanctions en rapport à la gravité des crimes. Il affirmera que « plus les délits sont nuisibles au bien public, plus forts doivent être aussi les obstacles qui les en écartent » (Beccaria, 1764, 72). De cette façon, sur une échelle verticale allant de l'infraction la plus grave pour la société à celle la plus anodine, on fait correspondre le degré de sévérité des punitions, les plus sévères se trouvant au sommet de la hiérarchie et les moins sévères au bas. Mais en tous lieux sur cette échelle de proportionnalité, la sévérité de la peine doit surpasser suffisamment les bénéfices que pourrait rapporter le délit; de ce petit surplus punitif, mais de ce qui est juste nécessaire⁶⁴, dépend en grande partie l'effet dissuasif de la peine. Le principe de proportionnalité prend ici un sens différent que celui de la théorie de la rétribution et laisse transparaître la conception de l'homme dans la perspective utilitariste de Beccaria et Bentham. Si la peine doit surpasser suffisamment les bénéfices perçus du crime, c'est parce que l'homme est vu comme un être rationnel qui se gouvernerait par un calcul des coûts et des bénéfices (Bentham, 1840, 10). Cependant, la sévérité à elle seule ne suffit pas pour que la dissuasion se réalise.

⁶⁴ À cet égard, Beccaria (1764, 20) reprend le propos de Montesquieu et le généralise en affirmant que « tout acte d'autorité exercé par un homme sur un autre homme est tyrannique s'il n'est pas absolument nécessaire ».

Au-delà de la *sévérité* de la peine, Beccaria défend également le principe selon lequel la *certitude* d'une peine, même modérée, aurait une impression plus grande qu'un châtement plus sévère, mais incertain (Beccaria, 1764, 81)⁶⁵. La certitude renvoie au caractère inéluctable de la peine. Le marquis italien affirme que la certitude de la peine est conçue comme plus déterminante que la sévérité – ceci à condition, bien sûr, comme nous avons pu le suggérer plus haut, que le coût surpasse les bénéfices. Dans une telle situation, l'enjeu devient alors celui d'appliquer ce coût de manière certaine. Lorsque ces conditions sont présentes, l'ajout de sévérité devient non nécessaire, injuste, inutile et par conséquent tyrannique (Beccaria, 1764, 20).

Beccaria (1764, 64) insistera aussi sur la *promptitude* de la peine. Plus les délais sont courts entre le crime et la peine, plus le lien entre ces deux moments prendra forme dans l'esprit du transgresseur et par le fait même, plus la peine sera juste et utile. Beccaria (1764, 64) considère en effet que la peine sera d'autant plus *juste* que la peine est prompte et qu'est réduite cette souffrance inutile de l'individu confronté à l'incertitude de son sort. La peine sera par ailleurs d'autant plus juste qu'elle respectera le principe voulant que « la perte de la liberté [...] ne doit précéder la sentence que lorsque la nécessité l'exige » (Ibid.). Autrement dit, plus la peine est prompte, moins le condamné est exposé aux souffrances occasionnées par sa détention avant procès. Par ailleurs, une peine prompte est aussi considérée comme plus *utile* parce que l'effet dissuasif sur l'individu est alors plus fort (Beccaria, 1764, 108). Plus les délais sont longs entre l'infraction et la punition, moins la

⁶⁵ Beccaria (1764, 81) exprime cette idée dans les termes suivants : « la perspective d'un châtement modéré, mais auquel on est sûr de ne pouvoir échapper, fera toujours une impression plus vive que la crainte vague d'un supplice terrible, dont l'espoir de l'impunité anéantit presque toute l'horreur ».

peine sera efficace, car selon Beccaria, elle ne sera pas perçue par le condamné comme étant la conséquence directe et immédiate de son délit.

Nous retrouvons un dispositif de délestage de la victime concrète dans le fondement même du droit de punir et dans l'idée de justice chez Beccaria (1764, 21)⁶⁶. En effet, l'idée de justice, qui se rapporte directement au contrat social, amène le philosophe à ne considérer que le « lien nécessaire des intérêts particuliers », c'est-à-dire le lien qui unit la totalité des hommes de la société. Ainsi, le lien concret entre l'accusé et la victime directe se retrouve dans l'ombre du « lien social », des intérêts de la majorité. Autrement dit, la justice chez Beccaria vise à maintenir le lien entre l'ensemble des individus qui ont sacrifié une part de liberté⁶⁷. Il s'agit de défendre un intérêt public, l'intérêt du plus grand nombre (Ibid., 22). Par contre, si les intérêts victimaires (une forme d'intérêt particulier) vont dans la même direction que ce qui est utile, la théorie de la dissuasion est en mesure de les considérer puisque les victimes, dans ce contexte, font partie du plus grand nombre. Il faut alors tenir une position mitigée à l'égard de la place de la victime concrète dans la théorie de la dissuasion, car, au final, Beccaria n'exclut pas la victime en totalité, mais seulement si les « passions » victimaires vont à l'encontre du bien général (Beccaria, 1764, 19). Cela veut dire que seuls les intérêts particuliers (dont ceux des victimes dans notre cas) qui sont inutiles au maintien de la société se retrouvent exclus de la théorie de la dissuasion parce qu'ils vont à l'encontre des intérêts du public. Par exemple, les « passions » victimaires revendiquant une sanction qui surpasserait le niveau nécessaire de sévérité pour atteindre

⁶⁶ Rappelons que le fondement du droit de punir chez Beccaria (1764) se retrouve dans le contrat social qui se traduit, chez les hommes, par le renoncement d'une partie de leurs libertés individuelles au profit d'un vivre-ensemble et d'une garantie de protection des libertés résiduelles par le Souverain ou l'État.

⁶⁷ Beccaria (1764, 21) décrit sa vision de la justice comme suit : « je n'entends par justice que le lien nécessaire des intérêts particuliers, lien sans lequel on les verrait bientôt se séparer et ramener l'ancien état d'insociabilité ».

la dissuasion seraient exclues par la théorie de la dissuasion et cette dernière se référerait aux intérêts du public pour déterminer le caractère fondé de la peine.

Comme la victime concrète n'est considérée par la théorie de la dissuasion seulement si leurs intérêts rejoignent ceux de l'intérêt commun, les attentes victimaires risquent d'être récupérées par les idées fondamentales de la théorie de la dissuasion qui valorise la peine afflictive. Ce caractère afflictif de la peine se retrouve aussi bien chez Beccaria que chez Bentham, mais ce dernier l'exprime plus explicitement que le premier. Il décrit l'acte de *punir* comme suit : « dans le sens le plus général, c'est *infliger un mal à un individu, avec une intention directe par rapport à ce mal, à raison de quelque acte qui paraît avoir été fait ou omis* » (notre souligné). Dans ce cadre, la peine légale se distingue d'une série d'autres actes⁶⁸ et est définie comme « des *maux infligés, selon des formes juridiques, à des individus convaincus de quelque acte nuisible, défendu par la loi, et dans le but de prévenir de semblables actes* » (Bentham, 1840, 8-9; nos italiques). En survalorisant la peine afflictive, les attentes victimaires risquent donc d'être reconduites vers cet idéal afflictif.

Ceci dit, Bentham (1840, 10) se prononce tout de même sur une forme de compensation⁶⁹ qui pourrait être versée à la victime concrète. La perspective utilitariste permet de considérer la compensation comme un « profit » étant donné qu'elle peut « guérir » un mal, ce qui correspond au mantra de l'utilitarisme qui vise à répartir le bonheur sur le plus grand nombre. Bentham (1840, 17) explique que lorsqu'un « crime est

⁶⁸ Par exemple, les actes de vengeance, les actes d'antipathie, les actes d'hostilité qui visent tous directement à produire un mal. Bentham (1840, 8-9) distingue également la peine légale d'autres actes dont le mal n'est pas le but, mais le moyen. Ainsi, la peine légale se distingue de l'acte de prévention, de l'acte de contrainte, de l'acte de torture, de l'acte de défense personnelle, de l'acte de conservation personnelle et des actes de satisfaction pécuniaire.

⁶⁹ Il s'y réfère sous la catégorie générale de « peines pécuniaires ».

commis et ensuite puni, il en résulte deux lots de maux : le mal du délit et le mal de la peine. Dans tous les délits, il y a une partie lésée, si la peine est de nature à donner un profit, appliquez ce profit à la partie lésée, vous guérissez le mal du délit; et en soldant le compte, il ne reste plus qu'un lot de mal au lieu de deux. La perspective utilitariste permet de considérer la victime concrète dans une équation « abstraite » sous la forme d'un mal qui peut être guéri par un bien; les peines pécuniaires. Cette considération de la victime est néanmoins fortement limitée. D'abord, Bentham reconnaît que seules les peines pécuniaires peuvent être converties en profit de sorte à pouvoir guérir le mal du délit. Ensuite, la considération de la victime se retrouve marginalisée parce que la théorie de la dissuasion met l'atteinte de l'objectif de la prévention générale au premier plan. Dans la théorie de la dissuasion, accorder une satisfaction à la victime concrète ne peut être envisagé qu'*après* que la prévention générale ait été pourvue (Bentham, 1840, 10).

1.2.3.3.3. La théorie de la réhabilitation en milieu carcéral et en milieu ouvert

L'apparition de la théorie de la réhabilitation carcérale, en tant que motif pour justifier une décision, est concomitante à la naissance de la prison comme pratique punitive d'enfermement moderne (Mathiesen, 1990, 29).

Contrairement aux théories de la peine que nous avons vues jusqu'à présent, la théorie de la réhabilitation *carcérale* n'est pas associée à un « père fondateur ». Elle se présente comme une « mosaïque constituée de morceaux discursifs plutôt que comme un discours unifié » (Pires, 2008 cité dans Raupp, 2015, 59). En effet, cette théorie de la peine s'est construite, non pas à partir de discours philosophiques, mais à partir des écrits des

réformateurs⁷⁰ de la prison du 18^e et 19^e siècle, soit des *discours* provenant des sciences sociales.

La théorie va également se différencier des autres théories de la peine en valorisant une conception particulière de la réponse à apporter au problème de la criminalité : *une réponse centrée sur l'auteur du crime*, voir centrée sur son « état mental » et sur son programme de réadaptation sociale. Cela correspond, par rapport aux autres théories de la peine, à un changement de perspective notable. Plutôt que de porter l'attention sur un *acte*, la théorie de la réhabilitation met en effet l'*infracteur* au centre de la théorie (Xavier, 2012, 153; Raupp, 61-62).

Ces particularités du « thème » de la réhabilitation carcérale rendent la tâche de cerner une théorie de la réhabilitation particulièrement compliquée, problème qui a été relevé par les membres de la *CRC en traditions juridiques et rationalité pénale*⁷¹. Il est désormais possible de distinguer trois formes de réhabilitation : la *réhabilitation prémoderne*, la *réhabilitation carcérale* et la *réhabilitation en milieu ouvert* (Raupp, 2015, 51).

Considérant que la relation entre le système judiciaire, la détermination de la peine et les victimes d'actes criminels s'est développée dans le contexte de la modernité, nous excluons la théorie de la *réhabilitation prémoderne* de l'exercice parce qu'elle précède le contexte socio-historique pertinent à notre étude. Par conséquent, nous allons nous limiter

⁷⁰ Raupp (2015, 59) mentionne, entre autres, les écrits suivants : « *The state of the prisons in England and Wales* (1777) de John Howard, *Leçons sur les prisons* (1831) de N.H. Julius, *De la réforme des prisons* (1836) de Charles Lucas, la Déclaration de Principes du *National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline* (NCPRD) de 1871, ainsi que dans les idées de l'École positive italienne (Ferri et Garofalo) ».

⁷¹ Nous pouvons souligner plus particulièrement les contributions de Pires (2008), Dubé (2008) et plus récemment Raupp (2015).

seulement aux idées essentielles de la théorie de la *réhabilitation carcérale* et de la théorie de la *réhabilitation en milieu ouvert*.

L'objectif de la théorie de la *réhabilitation carcérale* est la réhabilitation ou la réadaptation du délinquant (Foucault, 1975, 17; Rotman, 1990, 3; Rothman, 2002, 59). Nous pouvons dès lors remarquer que la théorie de la *réhabilitation carcérale*, en se centrant de la sorte exclusivement sur le délinquant, met la victime concrète de l'infraction à l'écart.

Rotman (1990, 4) distingue deux modèles ayant marqué l'histoire de la *réhabilitation carcérale*: le modèle *pénitentiaire* et le modèle *médical*. Voyons comment ces différents modèles de *réhabilitation* identifiés par Rotman (1990, 4) exclue la victime.

Le modèle *pénitentiaire* ou *de la réforme morale* domine les trois premiers quarts du 19^e siècle. Dans ce modèle, les programmes de *réhabilitation* n'ont pas encore une connotation clinique ou médicale et sont guidés par quatre composantes : le *travail*, l'*école*, l'*influence morale* et la *discipline* (Rotman, 1990, 5; Mathiesen, 1990, 32). Dans le cadre de ce *modèle* de *réhabilitation*, ce qui est visé est la *réforme morale* du condamné. Si nous reprenons les distinctions établies par Bentham (1840, 10) entre la dissuasion spécifique et la *réhabilitation*, il ne s'agit plus tellement de prévenir un futur délit en enlevant l'audace du condamné qu'en lui enlevant *le désir*, ce qui présuppose de réformer certains traits de la conscience du condamné afin d'amener ce dernier à adhérer aux valeurs défendues par la société⁷². Ce modèle peut être illustré par le débat entre deux modèles *pénitentiaires* : le modèle *auburnien* et le modèle *pennsylvanien* (Digneffe, 1995, 180). Le modèle *pennsylvanien* a été le premier à apparaître et proposait un isolement complet tant le jour

⁷² La société ne désigne pas ici, le système social global que nous avons présenté dans la première partie de notre propos. Il s'agit de la société du point de vue de la théorie de la *réhabilitation carcérale* qui désigne comme pour toutes les autres théories de la peine, l'ensemble des individus qui la compose.

que la nuit. Cet isolement visait à prévenir toute contamination morale et à favoriser l'amendement (Ibid., 182). Le modèle auburnien est apparu en réaction aux effets pervers du modèle pennsylvanien (beaucoup de détenus tentent de se suicider, problèmes de santé, perte de la raison). Le modèle auburnien préconisait l'isolement de nuit, mais accompagné, le jour, d'un travail commun exécuté en silence (Ibid.). Dans ce modèle de réhabilitation, aucune considération n'est portée à la victime concrète étant donné que seule l'intervention auprès du délinquant, à partir d'un « programme positif » mis en œuvre dans le milieu carcéral, est problématisée.

À la fin du XIX^e siècle, sous l'influence des idées développées par l'École positive italienne⁷³, apparaît le modèle *médical ou thérapeutique*. Ce nouveau modèle maintient certains éléments du modèle précédent (Rotman, 1990; Raupp, 2015, 68-69), mais les complexifie par l'introduction d'idées concurrentielles sur le fondement de l'intervention. Il ne s'agit plus tellement de réformer moralement l'individu que de prévoir un *traitement clinique* à partir des savoirs psychiatrique, psychologique et médical (Raupp, 2015, 69). Le *modèle médical ou thérapeutique* qu'utilise Rotman (1990, 4-5) pour désigner le modèle développé par l'École Positive Italienne convient bien étant donné que dans ce modèle le délinquant est vu comme étant un individu « malade » qui doit être « guéri » par un *traitement clinique*. Dans ce deuxième modèle de réhabilitation *carcérale*, le contrevenant continue d'occuper le centre de la scène dans l'intervention laissant de côté la victime concrète.

Cela dit, certains représentants de la l'école positive italienne, notamment Raffaele Garofalo, proposaient l'idée d'utiliser le dédommagement à la victime concrète pour

⁷³ L'école positive italienne réfère aux travaux de Cesare Lombroso, d'Enrico Ferri et de Raffaele Garofalo, mais ce sont surtout Ferri et Garofalo qui développent ce modèle.

remplacer la peine classique ou pour la combiner à d'autres sanctions (Pires, 1991, 89; Digneffe, 1998, 275). À première vue, cette idée apparaît prometteuse sur le plan de l'évolution du droit criminel, car elle proposait non seulement de considérer les intérêts de la victime, mais de limiter par ailleurs le recours à l'incarcération aux « criminels dangereux ». Par contre, l'idée d'utiliser le dédommagement plutôt que la peine classique était motivée par un « souci d'efficacité » plutôt que par un « souci d'humanité ». Il ne s'agissait que d'« une manière de combattre la criminalité qui soit moins onéreuse pour l'État » (Ibid., 276). En effet, étant soucieux de désengorger les prisons, Garofalo suggérait le dédommagement de la victime concrète issue des crimes commis par les *criminels d'occasion*⁷⁴ parce que selon lui, cette « sanction » du dédommagement serait *plus efficace* que la peine d'emprisonnement pour dissuader ce type particulier de criminel tout en permettant de réserver la prison aux « vrais criminels », à ceux qui sont irrécupérables (Ibid., 275). Ainsi, le dédommagement pourrait, selon Garofalo, se présenter comme une mesure alternative à la prison pour certains délits commis préférablement par les criminels d'occasion. Cependant, il faut reconnaître que le raisonnement de Garofalo mobilise une rationalité *économique* qui se situe totalement à l'extérieur de la rationalité pénale moderne. Par conséquent, le remplacement qu'il propose n'ébranle pas les fondements de ce système d'idées.

En ce qui concerne les « inculpés insolubles », les « criminels dangereux », Garofalo propose de les priver de leur liberté tout en exigeant de ces derniers qu'ils paient une somme fixée par le juge à titre d'amende au bénéfice de la partie lésée » (Garofalo,

⁷⁴ Il faut préciser que Garofalo fait une typologie des criminels, parmi lesquels figurent les « criminels d'occasion », qui, dans sa théorie du crime naturel, correspond à un intermédiaire entre les individus normaux et les « criminels dangereux » (Garofalo, 1905, cité dans Digneffe, 1998, 275).

1900, 446, citée dans Digneffe, 1998, 276). Ces sommes d'argent provenant des amendes payées par les condamnés (les inculpés insolvables) pourraient être utilisées par l'État pour établir une « caisse d'État pour assurer la réparation au moins partielle aux parties lésées qui n'auraient pu l'obtenir d'aucune manière » (Ibid.)⁷⁵.

Si nous considérons maintenant le contexte plus actuel au Canada, nous pouvons nous poser la question de savoir quel lien y a-t-il à faire entre la théorie de la réhabilitation et les victimes concrètes. Nous avons vu précédemment que la déclaration de la victime en 1989 permettait aux victimes d'être considérées au moment de la détermination de la peine. Par ailleurs, depuis la réforme du Code criminel canadien de 1996, où l'on a notamment codifié à l'article 718 les objectifs de la peine, la loi fait explicitement mention des victimes aux alinéas *e*) et *f*) du même article :

e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;

f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

Alors que l'objectif énoncé à l'alinéa *e*) concerne surtout la compensation de la victime par l'intermédiaire de peines pécuniaires (ex. suramende compensatoire), l'alinéa *f*), quant à lui, nous renvoie à un objectif plus psychique qu'économique, soit celui de susciter chez le délinquant une prise de conscience quant aux conséquences de son acte sur la victime et la collectivité. Parmi les théories de la peine, la théorie de la réhabilitation est

⁷⁵ La suramende compensatoire, qui a été mise en place au Canada par le projet de loi C-89, adopté en 1989, semble être calquée sur ces idées de Garofalo. Wemmers (2003, 166) explique que la suramende compensatoire consiste en une sanction pécuniaire qui s'impose au moment de la détermination de la peine. Généralement, elle est jointe à une autre sanction pénale comme l'absolution, le sursis ou l'emprisonnement. L'objectif de la suramende compensatoire n'est cependant pas celui d'amener l'accusé à dédommager *directement* la victime concrète, mais plutôt de prévoir un soutien financier aux services provinciaux d'aide aux victimes. Au Québec, par exemple, les montants obtenus par les suramendes compensatoires sont administrés par le Bureau d'aide aux victimes d'actes criminels et servent à financer les Centres d'Aide aux Victimes d'Actes Criminels (CAVAC) de la province.

sans doute la théorie la mieux adaptée pour atteindre cet objectif, car, comme on a pu le voir, elle se centre sur le contrevenant. C'est moins le cas de la rétribution ou de la dissuasion. La théorie de la dissuasion entend avoir un effet sur la conscience de l'auteur du délit en l'amenant à associer la peine comme étant la conséquence immédiate de son délit, mais aucun objectif n'est formulé en termes de susciter la reconnaissance des torts causés aux victimes. La théorie de la rétribution, quant à elle, n'entend pas avoir un effet sur la conscience de l'infracteur, elle ne vise qu'à le punir pour réparer la *Morale*. La théorie de la réhabilitation *carcérale* est la mieux adaptée pour atteindre cet objectif énoncé à l'alinéa f) de l'article 718 du Code criminel étant donné qu'elle entend obtenir un effet sur la conscience des auteurs de délits. Ainsi, la considération du tort causé aux victimes par la théorie de la réhabilitation *carcérale* ne peut que nous amener à l'intérieur du « système d'idées » de la RPM. Autrement dit, la théorie de la réhabilitation *carcérale* ne peut accueillir les déclarations de la victime en vue d'amener le condamné à prendre conscience des torts qu'il a causés aux victimes qu'en reproduisant ledit « système d'idées ».

Au cours des années 1950-1960, une théorie de la réhabilitation en milieu ouvert s'est développée en filigrane de la théorie de la réhabilitation *carcérale*. Cette théorie du milieu ouvert se présente comme une pensée innovatrice en matière de justice criminelle ou comme un apprentissage réalisé à partir des échecs récurrents de la prison face à l'objectif de réinsertion sociale des condamnés (Dubé, 2008, 54). À l'intérieur de ses paramètres, 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 thématifiée 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.

1.2.2.3.4. La théorie de la dénonciation

Dans le cadre de la théorie de la dénonciation, l'idée de dénoncer un crime se rapporte directement à « communiquer la réprobation du crime à travers la peine et à réitérer ainsi notre attachement aux valeurs fondamentales de la société ou de la conscience collective » (Dubé et Garcia, 2018, 266). La théorie de la dénonciation a longtemps été confondue avec la théorie de la rétribution et la théorie de la dissuasion. En effet, comme l'indique Lachambre (2011, 308-309), cette théorie de la peine s'est longtemps appuyée sur les médiums « rétribution » et « dissuasion » pour finalement s'en différencier et s'en autonomiser qu'à partir de la deuxième moitié du XX^e siècle. Dès la fin des années 1970, la théorie de la dénonciation apparaît comme un « vocabulaire de motif » distinct et « fortement institutionnalisé » (Ibid., 312).

Tout comme la théorie de la rétribution et la théorie de la dissuasion, la théorie de la dénonciation se représente le condamné comme étant responsable de ses actes, c'est-à-dire qu'elle suppose le libre arbitre (rétribution) ou leur caractère rationnel (dissuasion), mais sans se prononcer explicitement sur le débat philosophique opposant libre arbitre et déterminisme (Raupp, 2015, 48). Dans le cadre de la théorie de la dénonciation, l'intervention pénale est pensée comme une obligation *sociale* au sens où le SDC *doit*

intervenir pour « maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune⁷⁶ » (Durkheim, 1893/1960, 76).

La théorie de la dénonciation vise à communiquer, par la peine afflictive, la réprobation du crime conçu comme ayant portée atteinte aux valeurs fondamentales de la société, valeurs fondamentales que Durkheim comprend comme la « conscience collective » (Durkheim, 1893/1960, 46). En ce sens, elle vise à communiquer un message, mais un message de nature différente que celui que souhaite communiquer la théorie de la dissuasion. La théorie de la dissuasion envoie le message « si vous osez commettre un délit, vous serez puni sévèrement et de manière certaine », alors que le message de la théorie de la dénonciation est plutôt « la valeur « x » est fondamentale dans la société et elle continue d’être valorisée et défendue par le SDC en dépit de toute atteinte ».

La théorie de la dénonciation communique notre attachement aux valeurs fondamentales en s’appuyant sur une proportionnalité entre le crime et la peine où cette dernière doit exprimer la gravité de l’acte et le degré de responsabilité du condamné. Plus le comportement répréhensible portera atteinte aux « états forts de la conscience collective », plus forte devra s’articuler proportionnellement l’intensité de la réprobation punitive. Cela dit, la théorie de la dénonciation considère en même temps que la peine est juste si et seulement si elle ne froisse pas elle-même les valeurs fortes de la conscience collective. Nous pouvons utiliser l’image de la « fourchette » de Stephen (1885, cité dans Lachambre, 2011, 357) pour décrire l’idée de proportionnalité de la théorie de la dénonciation. En dessous d’un certain seuil de sévérité, la réprobation n’est pas assez forte

⁷⁶ Durkheim (1893/1960, 74) indique que chaque individu est doté de deux consciences : une qui contient que des états personnels propres à nous-mêmes et une autre qui contient les états communs à toute la société. La peine vise à maintenir les états de la conscience commune.

par rapport au crime commis. De la même façon, au-dessus d'un certain seuil de sévérité, la peine pourrait ne pas refléter la force avec laquelle la conscience collective est attachée à la valeur (Durkheim, 1893/1960, 69-70).

Spécifions que la notion de « conscience collective » chez Durkheim est une notion plus théorique ou abstraite qui ne doit pas être comprise comme un équivalent de notions plus empiriques comme celles de « public » et d'« opinion publique ». Si d'un point de vue sociologique, il est toujours possible de consulter un public ou de cerner l'opinion publique par les enquêtes et les sondages d'opinion, la notion de « conscience collective » correspond plutôt à ce qu'un juriste ou un politicien pourrait se représenter comme étant les valeurs fondamentales d'une société donnée. Bien que la conscience collective renvoie aux « états de conscience [...] communs à tous les membres de la même société » (Durkheim, 1893, 74), celle-ci n'a pas d'emprise empirique. Pour le dire autrement, la notion de conscience collective se rapproche davantage de la notion de société comprise comme l'ensemble des individus qui la constitue que de la notion de public ou d'opinion publique.

Quelle place la victime concrète occupe-t-elle ou peut-elle occuper dans le cadre de la théorie de la dénonciation? Ses intérêts et ses attentes ne risquent-ils pas d'être mis de côté pour favoriser ceux des états forts de la conscience collective? La théorie de la dénonciation, en s'inspirant de la société ou de la conscience collective pour décider, est ancrée dans le formalisme juridique, et ce sans qu'aucunes considérations matérielles ne soient prise en compte (Dubé et Garcia, 2018). Cela signifie qu'elle ne s'appuie pas sur des considérations comme les désirs, les intérêts, les pressions ou les attentes d'un public, d'une communauté, voir d'un mouvement social. La théorie de la dénonciation s'appuie plutôt

sur la *gravité de l'infraction* et le *degré de responsabilité du contrevenant* (Dubé et Garcia, 2018, 266).

Cependant, si ce formalisme juridique sur lequel se fonde la théorie de la dénonciation évacue toutes considérations matérielles, comment expliquer alors que l'objectif de dénonciation se retrouve étroitement associé, depuis juillet 2015, aux torts subis par les victimes? En fait, la nouveauté avec la dénonciation des torts causés aux victimes n'est pas de satisfaire, à travers la dénonciation des torts, les victimes de l'infraction⁷⁷, la nouveauté réside plutôt dans le fait de considérer cette dénonciation des torts comme une nouvelle valeur fondamentale de la société. Il s'agit, pour ainsi dire, d'une nouveauté induite par une évolution des valeurs fondamentales et de la conscience collective. Le rapport de cette théorie de la peine avec les victimes se limite essentiellement à *dénoncer les torts causés aux victimes* sans pour autant les prendre matériellement en compte. Par ailleurs, si la théorie de la dénonciation dénonce les torts des victimes, ce n'est pas parce que les victimes elles-mêmes ou un public de victimes l'exige, mais plutôt parce que cette théorie s'est donné cet objectif. Par conséquent, la théorie de la dénonciation, qui relève du formalisme juridique, exclue la victime et ses intérêts.

En terminant, la théorie de la dénonciation compte entretenir un effet sur les « honnêtes citoyens », mais cet effet est celui de maintenir les conditions d'une conscience collective. Les conditions de réalisation de la finalité de la dénonciation, que ce soit la dénonciation de l'acte ou des torts que les victimes ont subis, demeurent quant à eux, interne au droit criminel.

⁷⁷ Évidemment, on peut imaginer que la peine justifiée au nom de la dénonciation (dénoncer l'acte et les torts subis par les victimes) pourrait produire un effet de satisfaction auprès des victimes de l'infraction, mais cet effet doit être vu comme un effet secondaire non désiré par la peine.

1.2.2.3.5. Remarques conclusives autour du programme de la rationalité pénale moderne

Ces théories de la peine que nous venons de présenter sont les *structures internes* du système de droit criminel et celles qui sont mobilisées par le système judiciaire lors de la détermination de la peine. Malgré les divergences de ces théories de la peine à l'égard des questions portant sur la manière de *punir* et sa justification, nous avons vu qu'elles partagent toutes des présupposés communs qui forment un « *nœud gordien* » autour de la conception de l'intervention pénale (Pires, 1998). Toutes valorisent l'exclusion sociale ou l'affliction du condamné ou les deux. Qui plus est, l'exclusion sociale et l'affliction correspondent aux valeurs fondamentales de la *rationalité pénale moderne*. Autrement dit, en tant que structures internes du système judiciaire, les théories de la peine limitent les possibilités de résolution de conflit en dévalorisant les sanctions non afflictives et non privatives de liberté.

En tant que structures internes, ces théories de la peine déterminent l'ouverture cognitive du système de droit criminel et *a fortiori* celle du système judiciaire envers leur environnement. Comme nous l'avons vu, la *rationalité pénale moderne* n'offre que très peu d'espace à l'intégration de la victime concrète. À l'exception de la théorie de la dissuasion qui peut théoriquement accueillir la victime et ses intérêts dans la mesure où cette dernière se rallie à l'intérêt commun, les autres théories de la peine n'offrent pas cette possibilité. La théorie de la rétribution exclue la victime concrète au nom de la Morale, la théorie de la réhabilitation carcérale l'exclue en se centrant sur le condamné et le formalisme juridique de la théorie de la dénonciation exclue toute considération matérielle de la victime.

Or, si nous considérons la *victime-témoin de l'impact* qui intervient désormais dans la détermination de la peine en vertu de l'introduction de la déclaration de la victime, la question qui émerge est celle de savoir si la relation entre le système judiciaire et les victimes ne serait pas symptomatique de l'émergence d'une autre théorie de la peine. Une théorie de la peine encore mal cernée et mal définie qui, contrairement aux théories de la peine déjà bien stabilisées dans la RPM, aurait la capacité d'accueillir la victime et ses attentes dans le processus de détermination de la peine et qui aurait néanmoins des effets sur l'orientation de la justice. Si nous acceptons l'hypothèse d'une telle théorie de la peine « victimaire »⁷⁸ qui serait orientée par les valeurs fondamentales de la *rationalité pénale moderne*, nous pouvons également nous demander comment penser un rapprochement du système judiciaire avec les victimes qui ne soit pas, sur le plan cognitif, orienté par ce « système d'idées » « hostile, abstrait, négatif et atomiste⁷⁹ » (Pires, 2001a, 184).

L'hypothèse d'une nouvelle théorie de la peine « victimaire » s'inscrit dans la problématique générale de la « non-évolution » (Pires, 2002a) du système de droit criminel, problématique qui implique directement la pratique judiciaire des tribunaux canadiens. Cependant, pour déterminer si une nouvelle théorie de la peine participe au problème de la

⁷⁸ Nous allons utiliser provisoirement cette expression pour nous référer à cette théorie de la peine qui ne possède qu'un statut hypothétique.

⁷⁹ « Hostile parce qu'on représente le déviant comme un ennemi du groupe tout entier et parce qu'on veut établir une sorte d'équivalence nécessaire, voire ontologique, entre la valeur du bien offensé et l'affliction à produire chez le déviant. Abstraite, parce que le mal (concret) causé par la peine est reconnu, mais conçu comme *devant causer* un bien moral immatériel (« rétablir la justice par la souffrance », « renforcer la moralité des gens honnêtes », etc.) ou encore un bien pratique invisible et futur (la dissuasion). Négative puisque ces théories *excluent toute autre sanction* visant à réaffirmer le droit par une action positive (le dédommagement, etc.) et stipulent que *seul le mal* concret et immédiat causé au déviant peut produire un bien-être pour le groupe ou réaffirmer la valeur de la norme. Et, enfin, atomiste, parce que la peine—dans la meilleure des hypothèses—n'a pas à se préoccuper des liens sociaux concrets entre les personnes sauf d'une façon tout à fait secondaire et accessoire » (p.184).

« non-évolution » ou non, il faut définir ce qui est entendu par « non-évolution » et par « évolution ».

1.2.3. Les concepts d'« évolution » et de « non-évolution »

La théorie de la RPM soulève un problème d'évolution du système de droit criminel. Le problème d'évolution qu'elle soulève en est un à la fois d'ordre *cognitif* et d'ordre *pratique*. En effet, ces deux volets du problème d'évolution sont interreliés : les idées orientent les pratiques (ex. les pratiques judiciaires) et ces pratiques posent plusieurs problèmes (ex. surutilisation de l'incarcération; surreprésentation des populations marginalisées dans les milieux carcéraux; surpopulation dans les prisons, etc.). Au sein de la théorie de la RPM, la problématisation des pratiques judiciaires passe par la problématisation de ce qui leur est sous-jacent, à savoir les *idées de la rationalité pénale moderne* qui fondent le droit de punir.

Pour comprendre ce problème évolutif auquel participe le système judiciaire, il faut d'abord comprendre ce qui est entendu par la notion d'« évolution » en la distinguant du simple changement.

1.2.3.1. La distinction entre le simple changement et l'évolution

Pires (2002a, 11) avait souligné que les savoirs juridiques et sociologiques ne possédaient pas les outils conceptuels nécessaires pour « problématiser l'évolution et les changements du droit criminel ». En soulignant ce problème, le criminologue jeta les assises d'une « théorie sociologique de l'évolution » permettant d'observer l'évolution identitaire du SDC. Bien que cette théorie de l'évolution du SDC soit redevable à Pires

(2002a), c'est dans la thèse doctorale de Dubé (2008) que nous retrouvons un effort de conceptualisation plus soutenu de la distinction entre le *changement* et l'*évolution*. Nous allons nous inspirer des apports respectifs de ces deux auteurs pour distinguer la notion d'*évolution* de la notion de *changement* dans le cadre de notre problématique.

S'il y a bel et bien un lien qui unit ces deux notions (changement et évolution), ce lien doit néanmoins être problématisé d'un point de vue sociologique, car si l'évolution implique nécessairement le changement, l'inverse n'est pas valide pour autant. Considérer les victimes dans la détermination de la peine correspond très certainement à un changement par rapport au rôle plus limité qu'on a pu leur réserver dans le passé, mais peut-on pour autant parler d'évolution au sens *identitaire* d'un changement de régime en matière de justice pénale? Et s'il s'agit pour certains d'un changement de régime, est-il du même ordre et aussi profond que celui observé dans le passage de l'Ancien Régime au SDC moderne, est-il aussi « identitaire »? Nous reviendrons plus spécifiquement sur ce cas un peu plus loin dans ce projet. Pour l'instant, les questions soulevées permettent en elles-mêmes de voir le problème : le problème est d'ordre conceptuel. On voit en effet ici comment le fait de concevoir le *changement* et l'*évolution* comme des équivalents sémantiques risque d'entraîner un appauvrissement de la description sociologique (Dubé, 2008, 16), car dans une perspective où ces notions sont indifférenciées, nous serions en effet amenés à considérer toutes formes de changements comme des formes d'évolutions. Ceci supposerait à la base une représentation (discutable) de l'évolution comme un « processus déterminé par une sorte de causalité naturelle : tout le monde et tous les systèmes sociaux seraient alors soumis à la loi naturelle ou historique de l'évolution » (Pires, 2002a, 12).

En s'appuyant sur Luhmann, Pires (2002a, 12) avance l'idée que *l'évolution* pourrait se « présenter [...] comme une simple possibilité, parmi d'autres » et ainsi « concevoir logiquement la régression – ou l'indifférence – comme alternative à l'évolution ». Cette proposition nous permet de problématiser le lien entre les notions d'*évolution* et de *changement* en nous amenant à considérer l'évolution, la régression et l'indifférence à l'évolution comme des *formes de changements particuliers*. Du coup, les notions de *changements* et d'*évolution* n'apparaissent plus comme des synonymes, mais plutôt comme des notions interreliées. Dit autrement, le changement peut être vu comme un *médium*,⁸⁰ alors que l'évolution correspondrait à une forme particulière du changement. Cela suppose que pour observer l'évolution – désormais problématisé comme un type de changement particulier – il faut nécessairement distinguer les types de changements qui s'opèrent (Dubé, 2008, 16-17). Pour rendre l'évolution empiriquement observable, Dubé (2008, 16-17) distingue deux (2) types de changements : les changements innovateurs ou significatifs et les changements redondants ou régressifs ou encore non significatifs. Les uns et les autres se distinguent à partir d'un « état théorique de référence » développé spécialement pour le système social étudié – en occurrence, pour nous, le SDC. L'état théorique de référence devient alors celui que nous offre la rationalité pénale moderne, système d'idées dominant du SDC, système de redondances cognitives par excellence.

1.2.3.2. *Les changements significatifs à l'observation de l'évolution*

Pour élaborer une théorie évolutive d'un système social spécifique, il faut sélectionner stratégiquement le type de changement à considérer. La théorie de l'évolution

⁸⁰ Voir les développements sur la distinction médium/forme à la section 1.2.2.2.1.

du SDC s'appuie sur les observations empiriques qu'Alvaro Pires a menées sur les discours des contemporains du *changement de régime* survenu en matière de droit criminel au cours du XVIII^e siècle.

Les contemporains de la transition ont parlé d'un *changement de régime* en insistant sur les changements opérés sur les normes de sanction. En effet, ce qui retient l'attention de ces observateurs, à l'époque, ce sont les *peines* : elles étaient désormais octroyées selon un principe de proportionnalité élaboré en fonction de la gravité du crime; elles ne visaient plus tellement le corps, mais l'âme des contrevenants (Foucault, 1975, 18).

Il y a une autre raison pour laquelle la théorie de la RPM accorde une importance particulière aux normes de sanction. Elle concerne la sollicitation de ce type de normes par le SDC dans ses opérations de communication. Ces communications permettent à ce système de se doter d'une identité systémique (Dubé, 2012b, 683). Autrement dit, les normes de sanction sont sollicitées ou évoquées par le SDC pour construire son récit identitaire et se différencier de son environnement.⁸¹ Puisque la stabilisation des normes de sanction constitue une opération par laquelle est reproduite la vision essentiellement punitive que le SDC se fait de lui-même, la théorie de la RPM y voit un espace privilégié pour observer l'évolution dudit système; une évolution dans la manière dont il s'observe et se décrit.

1.2.3.3. Les conditions de réalisation de l'évolution selon la théorie de la rationalité pénale moderne

Les observations empiriques de Pires (2002a) ont ainsi permis d'identifier les normes de sanction comme une zone névralgique ou significative pour observer l'évolution

⁸¹ Rappelons que selon les observations de Pires (2001a, 181), le droit criminel moderne s'est autonomisé et différencié en tant que sous-système du droit par la valorisation de la peine afflictive.

identitaire du SDC moderne. Mais il fallait encore trouver les outils conceptuels pour décrire sociologiquement les changements qui surviennent dans cette zone. À cet effet, Pires emprunte à la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann les concepts de « variation », « sélection » et de « stabilisation » et construit ainsi sa théorie de l'évolution du SDC moderne. L'évolution des systèmes sociaux se décrit, chez Luhmann, par la répétition continue de ces trois moments (variation, sélection, stabilisation) dans une logique circulaire. À ces trois moments, Pires (2002a) ajoute un quatrième qui est celui de la *généralisation* de la variété sélectionnée au sein du système.

Pour comprendre cette logique circulaire, il faut d'abord accepter l'idée qu'un système stabilisé à un moment « *t* » a la possibilité d'effectuer un certain nombre d'opérations : certaines peuvent être créatives ou innovatrices, alors que d'autres sont redondantes (Luhmann, 2002b). Ces possibilités d'opérations correspondent à la *variété du système* et non à la *variété de l'environnement*,⁸² car le système autoréférentiel ne peut se reproduire qu'à partir de ses propres éléments. Nous nous situons donc au moment de la « *variation* » qui désigne l'état du bassin de variétés d'un système à un moment précis de son existence. La constitution d'un bassin de variétés ne nous dit encore rien sur les chances de sélection (Luhmann, 2002b, 279).

Là où la variation se présente, la sélection devient une nécessité (Luhmann, 2002b, 284-5). Par la « *sélection* », un système peut privilégier soit l'innovation ou la redondance. Cette sélection ne s'effectue pas arbitrairement, mais plutôt en fonction des structures internes du système. Si le système sélectionne une variété innovatrice, on parlera d'une

⁸² Comme nous allons le préciser plus loin, il faut que la variété de l'environnement soit d'abord *institutionnalisée* ne serait-ce qu'à un niveau faible pour que le système puisse l'utiliser dans le cadre de ses opérations.

sélection positive. Si au contraire, le système sélectionne la redondance, on fera alors référence à une sélection négative :

« *Every variation necessarily leads to selection. Even if no positive selection takes place, selection takes place because operation-bound variation passes away without changing structures, and everything remains the way it was and is. What is selected is the existing state—and not the innovation.* » (Luhmann, 2002b, 285)

Le processus de sélection mène à la formation de structures (Luhmann, 2002b, 293).

Dès lors qu'une sélection, positive ou négative, est effectuée, des structures se mettent en place. En cas de sélection positive, la variation innovatrice sélectionnée se transpose en élément du système (communication) et forme ainsi une prédisposition pour de futures sélections. Si ces opérations futures ont lieu, la structure se condensera davantage. Lorsque le système opère une sélection négative, c'est-à-dire lorsqu'il sélectionne « l'état existant » du système, les structures redondantes se cristallisent davantage, orientant ainsi les opérations futures vers la redondance⁸³. De cette manière, sur le plan *opérationnel*, le système au temps « $t + 1$ » n'est plus vraiment ce qu'il était au temps « t », car le système ne répète pas les mêmes opérations. Les nouvelles opérations *succèdent* aux opérations passées et se « condensent » de manière à former une structure, une attente, une prémisse qui orientera les opérations futures du système.

Évidemment, il faut considérer que, entre le moment de la sélection d'une variété innovatrice et sa stabilisation, le passage du temps est nécessaire. Lorsque le système

⁸³ Il est important de noter que la redondance n'est pas vue comme un problème chez Luhmann. Au contraire, dans sa théorie des systèmes, la redondance des systèmes sociaux représente la condition même de la stabilisation et de la réduction de la complexité. La théorie de la RPM, qui porte plus spécifiquement sur le système de pensée du système de droit criminel (et du système politique), considère la redondance de la rationalité pénale moderne comme un problème parce qu'elle ne permet pas l'apprentissage ou l'innovation en matière de droit pénal. On pourrait alors dire que la solution aux problèmes d'évolution soulevés par la théorie de la RPM consiste en la stabilisation d'une « nouvelle » redondance « innovatrice » permettant l'apprentissage.

sélectionne une variété déjà institutionnalisée, mais encore marginalisée dans le système, nous ne pouvons pas encore parler de la *stabilisation de la variété*. Nous pouvons parler de stabilisation que dans le cas où la variété s'est généralisée dans les opérations du système. Autrement dit, ce qui était variété au moment « t » devient redondance au moment « $t + 1$ ». La thèse centrale formulée dans les termes de la *non-évolution* identitaire du SDC moderne de Pires (2002a) se traduit en une difficulté à intégrer de la variété innovatrice sur le plan cognitif et plus spécifiquement sur le plan identitaire, ce qui aura évidemment aussi comme effet la stabilisation, la redondance, voire la crispation des pratiques

1.2.3.4. *La théorie de l'évolution identitaire du système de droit criminel*

Les développements théoriques précédents nous amènent à constater que l'observation de l'évolution identitaire du SDC doit porter une attention particulière—et ce sera le cas dans cette thèse—à la manière dont les idées du SDC se stabilisent au niveau des normes de sanction. Ainsi, la théorie de l'évolution identitaire du SDC nous conduit à distinguer, dans cette zone des normes de sanction, la « variété » et la « redondance ».

Ces deux notions s'opposent et s'excluent mutuellement. La variété ne peut être confondue avec la redondance et vice-versa.⁸⁴ Dans le cas où le SDC privilégie la redondance du point de référence, la théorie de l'évolution de Pires nous amène à constater la *non-évolution* ou encore *l'indifférence à l'évolution* (Dubé, 2008, 18). Il n'y a alors ni évolution, ni régression, mais simplement la « reproduction » des idées redondantes, par exemple, celles des théories de la peine de la *rationalité pénale moderne*. Cependant, si le

⁸⁴ Évitions un malentendu. Cela ne signifie pas qu'une variété au temps « t » ne puisse pas devenir de la redondance dans un nouvel ordre survenant au temps « $t + 1$ ». Autrement dit, la détermination de ce qui est de la variété est toujours relative à ce qui est redondant, à ce qui est *stabilisé et généralisé* dans le système. Il s'agit d'une question empirique.

système privilégie la *variété*, la théorie de l'évolution identitaire du SDC nous dirige vers l'observation d'un processus d'institutionnalisation de la variété dans le système. Pour illustrer ce processus d'institutionnalisation de la variété, nous allons utiliser l'exemple de la *déclaration de la victime*.

Nous pouvons distinguer la *variété de l'environnement et la variété du système* (Dubé, 2008, 86). La *variété de l'environnement* est, par définition, toujours plus complexe que la *variété du système*, car nous y retrouvons la totalité de la complexité communicationnelle à l'exception de celle du système⁸⁵. Le SDC, comme tout autre système autonome, entretient une relation de dépendance avec son environnement. Toutefois, cette relation de dépendance ne compromet pas son autonomie, car cette dernière est de nature *opérationnelle*, ce qui veut dire que le SDC détermine lui-même ses sélections comme il détermine lui-même ses relations de dépendance au plan cognitif avec son environnement (Luhmann, 1992). Pour l'instant, ce qu'il faut retenir de la *variété de l'environnement* c'est qu'elle regroupe les *idées non institutionnalisées* par le SDC pour penser la justice pénale. Il s'agit de la *variété non institutionnalisée* par le SDC. Les idées selon lesquelles le SDC pourrait considérer les torts que le crime a causés à la victime concrète pour déterminer la peine ne sont pas apparues d'elles-mêmes au sein du SDC. Ces idées se retrouvaient dans la *variété de l'environnement* du SDC dès les années 1960-70 sous la forme de critiques adressées au système politique et au SDC par les mouvements féministes (Zauberman, 1985; Wemmers, 2003). À ce stade, ces critiques n'avaient pas

⁸⁵ Rappelons que pour chaque système social, leur environnement correspond à leur corrélat négatif, c'est-à-dire que l'environnement correspond à la totalité des éléments que le système n'a pas sélectionnés pour se constituer. L'environnement est donc différent pour chaque système, car en se constituant en tant que système, les systèmes sociaux construisent du même coup leur environnement, ce qui n'est pas du « système », leur corrélat négatif.

retenu l'attention des organisations centrales du SDC, ni du système politique ou du moins, ces dernières ne pouvaient s'y référer pour rendre des décisions judiciaires, car les idées qu'elles véhiculaient n'avaient pas un statut juridique, elles n'avaient pas encore été juridiquement *institutionnalisées*. Ces critiques avaient alors le statut de « bruit ».

La sélection de la *variété de l'environnement* par le SDC, organisée à l'interne selon un ordre centre/périphérie, peut se faire par l'intermédiaire d'organisations périphériques telles que les commissions de réforme du droit ou encore directement par les organisations centrales du droit – les tribunaux ou le système judiciaire (Dubé, 2008, 87-88). Dans les deux cas, la variété de l'environnement est institutionnalisée, ce qui implique qu'elle subit une mise en forme juridique et politique⁸⁶. La *variété de l'environnement* devient alors de la *variété du système*. Ce qui était au départ les idées non juridiques devient des idées juridiques du fait d'avoir été « connecté » au fil causal des opérations du système. Nous pouvons désormais parler de variété *institutionnalisée* au sein même du système—et non plus exclusivement d'une variété relevant de l'environnement.⁸⁷ L'institutionnalisation de la variété ne correspond pas à la création d'une structure, mais plutôt à une intériorisation d'une variété du système. Nous pouvons alors observer, à ce stade, l'*institutionnalisation faible* de la variété et non pas encore l'évolution ou la régression lesquelles impliquent une institutionnalisation plus forte (Dubé, 2008, 19-20).

Cette variété qui est encore que marginalement institutionnalisée peut être de nature innovatrice ou de nature régressive (Dubé, 2008, 19). Ces deux formes de variété, nous dit

⁸⁶ Contrairement aux tribunaux, les commissions de réforme doivent être vues comme des organisations à la fois juridique et politique (Dubé, 2008).

⁸⁷ Nous aurions pu parler de la *stabilisation* de la variété de l'environnement dans le système, mais la théorie de l'évolution identitaire du SDC désigne la « stabilisation » comme étant l'étape déterminante pour observer l'évolution ou la régression. Afin d'éviter toute confusion, les expressions d'« institutionnalisation de la variété » et de « stabilisation de la variété » sont privilégiées où la dernière désigne la condition de réalisation de l'évolution ou de la régression du système.

Dubé, « apportent un élément inattendu par rapport aux opérations dominantes du système, mais la variété innovatrice, contrairement à la variété régressive, implique une forme de créativité et d'augmentation de la complexité » (Ibid, 19). La théorie de l'évolution identitaire du SDC suggère que pour tendre vers l'évolution, il faut que les organisations centrales du SDC *sélectionnent* la *variété innovatrice*, suggérant du même coup que la variété régressive mène vers la régression ou la redondance. Dans tous les cas, peu importe le type de variété (innovateur ou régressif), la variété institutionnalisée⁸⁸ ne suffit pas pour affirmer l'évolution ou la régression, mais elle est disponible à tout moment pour une sélection éventuelle par le SDC (Ibid., 89). Comme le fait remarquer à juste titre Dubé (2008, 89), tant qu'ils ne sont pas sélectionnés, les éléments de la variété institutionnalisée s'apparentent à des « anomalies » par rapport aux opérations dominantes du système, mais ces « anomalies » sont désormais de la variété pouvant faire l'objet de sélection et de stabilisation.

Avant de cheminer vers le centre et de se stabiliser, la considération des torts causés à la victime concrète pour déterminer la peine auraient été institutionnalisées au Canada, selon Katz (2010, 2), à travers le *Canadian Report of the Federal-Provincial Task Force on Justice for Victims of Crime* (1983) et plus tard à travers le rapport de la *Commission canadienne sur la détermination de la peine* (1987) qui recommandaient de modifier le Code criminel afin de considérer les conséquences du crime sur la victime concrète pour déterminer la peine. Le *Canadian Report* et la Commission canadienne correspondent dans notre théorisation à ce que nous avons appelé des organisations périphériques. Au cœur de ces organisations, il ne s'agit que d'une *institutionnalisation faible* de la variété, il s'agit à

⁸⁸ Cette variété institutionnalisée, innovatrice ou régressive, peut par exemple se trouver dans les rapports des commissions de réforme, dans la doctrine ou encore dans des décisions judiciaires rendues (Dubé, 2008).

l'époque, d'anomalies au plan communicationnel, car ces organisations périphériques, si elles peuvent produire de la variété en proposant des *recommandations*, elles ne peuvent pas sélectionner et stabiliser au centre du système la variété qu'elles produisent et se substituer ainsi aux organisations centrales (tribunaux) qui sont les seules à pouvoir déterminer le droit par les décisions judiciaires (Dubé, 2008, 84).

Avec le temps, « des opérations peuvent être menées différemment dans le système par la sélection de ces anomalies » (Guibentif, 2010, 117). La sélection de la variété institutionnalisée (qui n'est donc plus celle de l'environnement), qu'elle soit innovatrice ou régressive, implique la « création d'une structure » à partir de laquelle la variété peut être diffusée (Dubé, 2008, 20). Cette nouvelle structure rend la sélection de la variété qui a été sélectionnée plus facile dans les opérations futures du système. La sélection, pour nous exprimer métaphoriquement, ouvre un sentier qui rend le passage de certaines idées (innovatrices ou régressives) « moins risqué » au sein du système. En 1989, la *déclaration de la victime* a été introduite dans la procédure judiciaire par l'adoption du projet de loi C-89 (Baril, 1988). En 1996, la considérer devenait obligatoire dans le processus de détermination de la peine. À ce stade, les idées qui étaient au départ *non institutionnalisées*, puis *institutionnalisées* à un niveau marginal ont été *sélectionnées* à nouveau créant ainsi une *structure* pour accueillir ces idées dans les opérations futures du système. Si nous nous référons à cette sélection à l'origine de la création de la structure, nous ne sommes plus au niveau précaire de l'institutionnalisation faible, certes, mais nous ne sommes pas encore non plus au niveau de l'institutionnalisation forte. Cette structure n'est pas le gage d'une évolution ou d'une régression. Si la théorie admettait l'évolution par la simple création d'une structure, la notion d'évolution ne se différencierait pas de celle d'un changement

sporadique pouvant se manifester irrégulièrement, ce qui nous ramènerait à la case départ (c'est-à-dire à ne pas distinguer l'évolution et le changement). La théorie de l'évolution se réserve la notion d'évolution (et de régression) pour décrire un changement beaucoup plus substantiel.

En effet, dans le cas de l'évolution, il faut pouvoir observer deux choses. D'abord, il faut pouvoir observer une *réaffirmation de la structure créée par la sélection de la variété innovatrice*. Cela implique, avec l'aide du temps, la restabilisation de sélections subséquentes facilitées par la récente structure créée (Dubé, 2008, 20). La réaffirmation de la structure ne permet pas à elle seule d'affirmer l'évolution ou encore l'institutionnalisation forte de la variété innovatrice. Il faut aussi pouvoir observer la *généralisation* de cette structure, c'est-à-dire le fait qu'elle devienne la « tendance forte » du système et non plus une « anomalie ». L'observation de la régression répond aux mêmes exigences à l'exception du fait qu'il s'agit ici de l'institutionnalisation forte de la variété *régressive*. Plus de vingt ans après l'introduction de la déclaration de la victime, pouvons-nous dire aujourd'hui que nous avons assisté à un *changement de palier dans l'évolution identitaire du SDC moderne*? Pour le moment, cette question doit rester ouverte.

Notre thèse se donne comme objectif de recherche de poursuivre ces observations empiriques, de faire ainsi avancer les connaissances à cet égard afin de pouvoir fournir une description et une évaluation mieux documentée de l'état du droit canadien actuel autour de cette question.

Au final, la théorie de l'évolution identitaire du SDC nous permet de distinguer trois destins possibles pour l'institutionnalisation de la variété : la *non-évolution*, l'*évolution* et la *régression*. L'évolution et la régression, comme nous venons de le voir, exigent

l'observation d'un *changement de régime* par un processus d'institutionnalisation de la variété (innovatrice ou régressive). Dans le cas de la *non-évolution*, il en va tout autrement. Il s'agit moins de l'observation de l'institutionnalisation de la variété que de l'observation de l'indifférence du système à son égard. Lorsque Pires (2002a) fait ainsi l'hypothèse de la *non-évolution* du SDC, il faut comprendre qu'il postule que le SDC, depuis plus de deux cents ans, ne fait que reproduire, dans l'ordre des normes de sanction, les structures dominantes du « système d'idées » de la *rationalité pénale moderne*.

1.3. Le problème, la question et les hypothèses de recherche

Découle des développements théoriques qui précèdent l'hypothèse centrale de notre projet de recherche : sous l'influence de la RPM, les attentes victimaires sélectionnées, c'est-à-dire valorisées dans les décisions judiciaires, sont celles susceptibles de reconduire de manière redondante les valeurs négatives du système d'idées dominant, celles susceptibles de (sur)valoriser les valeurs d'affliction et d'exclusion sociale, réduisant le rapprochement entre SDC et victimes à une forme de changement plutôt qu'à une forme d'évolution. Selon cette hypothèse, les attentes victimaires plus positives, celles favorables par exemple aux alternatives, aux réparations ou au pardon, auront tendance à être exclues, dévalorisées, considérées comme du bruit plutôt que comme de l'information. Notre hypothèse met donc de côté les victimes et ce qu'elles désirent concrètement pour problématiser les attentes normatives avec lesquelles le SDC moderne reçoit ces attentes, les met en forme, leur donne un sens, les sélectionne et les construit par et pour lui-même, aux fins de sa propre reproduction redondante et non évolutive. Dans cette hypothèse, le

potentiel innovateur de la reconnaissance de la figure de la victime se retrouve limité à reproduire ce que le SDC faisait déjà depuis son entrée dans la modernité.

De cette hypothèse découle notre question de recherche qui se formule, du moins provisoirement, dans les termes suivants : *au moment de la détermination de la peine, lorsque le juge fait référence à la victime, quelles attentes lui attribue-t-il (ou sélectionne-t-il) à l'égard de la sanction, de la résolution de conflits et de la justice et quel poids leur accorde-t-il dans la détermination de sa sentence?*

Enchaînons avec les considérations méthodologiques.

Chapitre 2 - Méthodologie

Notre étude se veut une recherche qualitative mobilisant une approche méthodologique conventionnelle (analyse documentaire à partir de décisions judiciaires) assortie d'une approche épistémologique constructiviste découlant de la théorie des systèmes et d'une « théorie interdisciplinaire de l'observation » (Pires, 2014; Pires, 2016; Luhmann, 2002a).

Ce deuxième chapitre vise à présenter les stratégies de recherche que nous avons utilisées dans le cadre de notre étude. Dans les développements qui suivent, nous présenterons d'abord les considérations méthodologiques générales (3.1.), la constitution de l'assise empirique (3.2.) et la méthode d'analyse des données (3.3.).

2.1. Considérations méthodologiques générales

Avant de pénétrer dans les considérations méthodologiques, nous estimons qu'il est nécessaire de rappeler les aspects principaux de notre canevas de recherche. Notre recherche s'intéresse à la manière dont la relation entre le SDC et les victimes se déploie dans le contexte de la détermination de la peine. Nous cherchons à comprendre comment la prise en compte des inputs victimaires influencent (ou non) le processus de détermination de la peine. Nous pouvons ainsi dire que notre objet de recherche correspond aux *inputs victimaires* et à leurs mises en forme par le SDC.

Nous avons émis l'hypothèse selon laquelle ces inputs victimaires seront soumis au « filtre » de la rationalité pénale moderne et des théories de la peine qui la composent. Cette rationalité juridique « guerrière », qui a été identifiée comme un obstacle épistémologique à l'évolution du droit criminel moderne par la théorie de la RPM, agirait comme un obstacle

à la prise en compte d'inputs victimaires innovatrices ou plus neutres prônant un mode de résolution de conflit plus positif. L'analyse s'est centrée sur les communications des tribunaux canadiens mettant en exergue les inputs victimaires et leur réception par ces organisations centrales du droit. Finalement, nous avons pu identifier trois (3) objectifs de recherche, chacun impliquant une démarche de recherche distincte.

Notre premier objectif de recherche implique une démarche de vérification où il s'agira pour nous de tester empiriquement la pertinence de la théorie de la RPM dans l'identification des obstacles cognitifs à la réception des inputs victimaires innovateurs dans les communications du SDC. À travers cet objectif, il s'agit en d'autres termes de dresser un portrait de l'état de droit actuel en ce qui concerne la relation entre le SDC et ses victimes.

Le deuxième objectif suit à la fois une logique d'exploration, de découverte et de description et vise l'élaboration d'une théorie descriptive des formes par lesquelles les « inputs victimaires » se déploient dans les communications des organisations centrales du SDC. Nous pouvons associer les questions suivantes à cet objectif de recherche : quelles formes prennent les inputs victimaires et quelles orientations elle peuvent-elles prendre? Nous allons répondre à ces questions dans la section 3.1 du chapitre d'analyse.

Le troisième objectif répond à une logique de vérification et de découverte et vise à identifier les contextes et les idées qui privilégient les inputs victimaires valorisant la redondance (exclusion sociale, survalorisation de l'affliction) au détriment de la variété (valorisation des sanctions alternatives non afflictives). Ce dernier objectif vise également à décrire les conditions qui favorisent une mobilisation innovatrice des « inputs victimaires » dans les structures cognitives du SDC moderne et qui pourraient éventuellement

se refléter dans ses pratiques. Nous pouvons associer cet objectif à la question de savoir comment les *inputs victimaires* sont reçus par les tribunaux et pour faire quoi. L'atteinte de cet objectif de recherche fait l'objet des sections 3.2 à 3.6 du chapitre d'analyse.

2.1.1. Une recherche qualitative

Notre étude sur la relation entre le droit criminel et les victimes dans le contexte de la détermination de la peine se veut être une recherche qualitative non pas seulement parce qu'elle vise à comprendre et à donner du sens à un phénomène social (Mukamerera, Lacourse et Couturier, 2006, 111), mais aussi – et peut-être même surtout – parce que nous avons favorisé un traitement *qualitatif* de nos données.

La recherche qualitative a désormais atteint ses lettres de noblesse en sciences sociales. Celle-ci s'est disposée de ses propres critères de scientificité (Comeau, 1994; Gohier, 2004; Avenier et Albert, 2009; Mukamerera, Lacourse et Couturier, 2006). La scientificité d'une recherche qualitative se vérifie par sa *validité* et sa *fidélité*. Ces critères prennent un sens différent de celui qui leur est attribué dans les méthodes quantitatives.

Dans la recherche qualitative, la *validité* d'une recherche passe par sa *crédibilité* et la *validation* des résultats avec les données. Le critère de *crédibilité* « estime en quoi l'objet a été bien identifié, bien décrit et que les résultats sont vraisemblables » (Comeau, 1994, 9). Le critère de *validation*, quant à lui, « signifie que les résultats obtenus concordent avec les données recueillies » (Ibid., 10).

En ce qui concerne le critère de *fidélité*, il ne signifie plus la « constance des instruments de mesure » comme c'est le cas pour les méthodes quantitatives. Au sein des méthodes qualitatives, le critère de *fidélité* se traduit en « une question de *transférabilité* et

de *fiabilité* » (Comeau, 1994, 10; nos italiques). La *transférabilité* se résume à la possibilité qu'un autre chercheur puisse se prêter au même exercice de recherche à partir de la démonstration de la méthode. En ce sens, la transférabilité est étroitement liée à la *transparence* du processus de recherche. En ce qui concerne la *fiabilité*, ce critère concerne essentiellement « le suivi des règles de méthode » et de la prise en compte des « variations du phénomène » (Ibid.). La fiabilité peut se démontrer par l'analyse de cas spécifiques ou de cas négatifs, la saturation des données et leurs triangularisations (Ibid.).

Tout au long de notre recherche, nous avons été guidés par ces critères de scientificité adaptée à la recherche qualitative.

2.1.2. L'analyse documentaire comme technique de recherche

Nous avons très tôt identifié l'analyse documentaire comme technique de collecte de données. Dès que nous avons circonscrit notre objet de recherche et formulé notre question de recherche, nous avons été en mesure de faire ce choix, mais il nous fallait définir ce qu'était un document et déterminer lequel était adapté à notre intérêt de recherche.

Le document représente le fondement de l'analyse documentaire. Au premier abord, la notion de « document » semble assez simple : serait un document toute forme de texte statique (Prior, 2003, 5). On n'éprouve alors aucune difficulté à se représenter les documents comme un recueil de feuilles de papier avec des inscriptions dessus. Cependant, cette définition étroite du document a fait l'objet d'une remise en question. Désormais, l'association entre le document et le texte écrit ne se fait plus avec le même automatisme, car le concept a été élargi par les sciences sociales, dont la discipline historique (Cellard, 1997, 253). Le document se présente plus globalement comme un « produit social [...]

construit selon des règles, niché dans un discours spécifique, en exprimant une structure » [traduction libre⁸⁹] (Prior, 2003, 12). À l'intérieur d'une approche historique, le document désigne alors « tout ce qui est trace du passé » (Cellard, 1997, 253). Mais de manière générale, nous pouvons dire que tout ce qui laisse une trace d'une pratique sociale quelconque peut *devenir* un document à l'intérieur du « travail épistémique » du chercheur (Avenier et Albert, 2009, 8).

Dans le cadre de notre recherche, la pratique sociale qui nous préoccupe est bien entendu la pratique judiciaire et plus spécifiquement *la construction, par le système judiciaire, de sa relation avec les victimes à l'intérieur du processus de détermination de la peine*. Face à une définition élargie de la notion de document, nous avons identifié la jurisprudence canadienne comme type de document adapté à notre recherche. Nous avons vu dans ce type de document un lieu d'observation idéal pour étudier notre objet de recherche, et ce pour au moins deux raisons.

La première raison est que les décisions judiciaires laissent des traces écrites qui permettent l'observation empirique. Puisque le rapprochement entre le SDC et les victimes relève d'un phénomène relativement récent, il est probable que le droit, dans le traitement des affaires judiciaires, en soit encore à l'étape de l'élaboration des principes, ce qui fait normalement couler plus d'encre qu'une décision prise en vertu d'un vieux principe déjà bien stabilisé dans l'état du droit.

La deuxième raison découle de la première et concerne l'avantage que représente pour notre projet de recherche cette utilisation de l'écriture par le SDC moderne pour *communiquer*. Effectivement, dans le cadre de notre projet de recherche, la documentation

⁸⁹ « ...documents are essentially social products. They are construed in accordance with rules, they express a structure, they are nested within a specific discourse... »

jurisprudentielle prend la forme de communications juridiques stabilisées ou encore la forme de traces empiriques de la manière dont ce système social observe le monde et la manière dont il s'auto-observe, ce qui s'agence parfaitement avec l'orientation de notre questionnement sociologique qui est de décrire les attentes victimaires que le SDC attribue à la victime concrète.

2.1.3. Posture épistémologique

La cohérence du canevas de recherche est très importante en recherche qualitative, car c'est cette cohérence qui *légitime* le caractère scientifique de ce type de recherche (Avenier et Albert, 2009). Les méthodologues suggèrent aux chercheurs qui utilisent la méthode qualitative d'explicitier leur posture épistémologique, car cette transparence serait un gage de qualité pour la recherche qualitative (Avenier, 2011). Nous réservons cette section à cette fin.

Nous aurions pu simplement indiquer que nous nous situons dans une approche constructiviste, mais comme nous le verrons dans le point suivant, ce qualificatif n'est plus tout à fait fécond et l'opposition réalisme/constructivisme nous dirige tout droit vers une impasse. Pour sortir de cette impasse, nous nous tournerons vers une théorie transdisciplinaire de l'observation qui remplace la question de l'épistémologie traditionnelle par un questionnement nouveau. Cette théorie transdisciplinaire de l'observation bien que mobilisée au sein des travaux de la *Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale* découle directement des réflexions épistémologiques de Niklas Luhmann. Nous verrons que sous cette nouvelle

épistémologie, la posture épistémologique du chercheur se résume au fait d'être « un observateur qui observe comment un observateur a observé ».

2.1.3.1. *L'épistémologie traditionnelle face à une impasse?*

L'épistémologie traditionnelle, le paradigme du « *what* » (Luhmann, 2002a, 140), soulève la question de savoir « que connaissons-nous de la réalité? » (Pires, 2014; Pires 2016). Les réponses à cette question se sont articulées *grosso modo* en deux postures : le réalisme et le constructivisme (Luhmann, 2002a, 140). Le réalisme considère qu'il existe « une réalité extérieure à nous, dotée de traits et de propriétés déterminées, à laquelle nous avons accès par nos sens, et que nous catégorisons par nos concepts » (Berthelot, 2000, 227). Dans le paradigme constructiviste, « *Tout ce que nous pensons et disons de la réalité est construit par la médiation de nos cadres de pensée, de nos usages linguistiques, de nos caractéristiques sociales spécifiques [...]* » (Berthelot, 2000, 227). Au-delà de leurs points de divergence, ces deux postures épistémologiques se développent autour d'une seule et même question, la question de ce qui est donné à connaître, de ce qui est connaissable, le « *what* ».

La distinction réalisme/constructivisme qui se déploie dans ce paradigme du « *what* » s'oppose à une épistémologie alternative qui s'inscrit dans le paradigme du « *how* » (Luhmann, 2002a, 140). Nous reviendrions sur le paradigme du « *how* », pour l'instant, ce qui nous occupe c'est l'épistémologie traditionnelle et l'impasse de l'opposition réalisme/constructivisme.

Autant dans le réalisme que dans le constructivisme, nous pouvons retrouver des variantes portant des appellations différentes. Par exemple, le réalisme peut se subdiviser en « *critical realism* », en « *relational realism* » et en « *analytical realism* » (Martignani,

2016, 526). Au sein du constructivisme, on retrouve également de nombreuses variantes comme le « constructivisme strict », le « constructivisme contextuel » et le « constructivisme radical » pour ne nommer que ceux-là (Avenier et Albert, 2009; Avenier, 2011; Acosta et Pires, 1998, 33; Holstein et Miller, 1993). Il y a aussi le risque de confondre « théorie » et « épistémologie », car certaines théories, bien qu'inspirées d'une épistémologie constructiviste, endossent le terme « *constructivisme* » dans leur nom comme le « social constructionism » par exemple. Il faut ajouter également la panoplie de postures dialectiques qui ont tenté de se positionner en faisant des compromis entre les deux pôles (Martignani, 2016, 518; Holstein et Miller, 1993, 244).

Cette opposition entre réalisme et constructivisme « varie dans le temps et selon les contextes » (Acosta et Pires, 1998, 21). Au sein des sciences sociales, en criminologie par exemple, cette opposition s'est présentée sous la forme d'un fossé entre la criminologie du passage à l'acte et la criminologie de la réaction sociale (Acosta et Pires, 1998, 21). La criminologie du passage à l'acte serait étroitement associée au réalisme du fait qu'elle consacrait « la notion de crime comme un outil [de] la structure conceptuelle de la criminologie » (Ibid.). Autrement dit, la criminologie du passage à l'acte, en étudiant le crime, estimait observer une réalité autonome dont l'existence ne dépendrait pas d'un observateur. La criminologie de la réaction sociale serait, quant à elle, étroitement associée au constructivisme du fait qu'elle met justement « en cause l'usage scientifique [de la notion] de crime » (Ibid.).

Le problème se transpose également dans la méthodologie en sciences sociales (Pires, 1997b, 252; Gohier, 2004, 3). D'abord, la distinction entre réalisme et constructivisme a pris la forme d'une opposition entre les méthodes quantitatives et les

méthodes qualitatives (Pires, 1987, 21-22; Gohier, 2004, 3). Les premières étaient étroitement associées au réalisme alors que les secondes étaient associées au courant constructiviste. Ensuite, Pires (1997a, 19) fait valoir que la notion d'« objet construit » était devenue équivoque dû au fait qu'elle était mobilisée autant par les chercheurs qui s'identifiaient comme réalistes que par ceux qui s'identifiaient comme constructivistes :

« L'emploi du terme « constructiviste » en science sociale a entraîné une certaine confusion parce *qu'il existe une forte tendance à considérer les objets de la science (naturelle ou sociale) comme des objets construits, que l'on se réclame ou non d'une perspective constructiviste.* La confusion vient aussi de ce que l'objet des sciences sociales, le monde humain, est reconnu comme construit telle qu'il est par les humains, *qu'on se dise ou non, encore une fois, constructiviste.* Alors affirmer que « la science construit son objet » ou que la « réalité sociale est produite par les êtres humains » n'est pas *suffisant* pour caractériser un point de vue comme constructiviste en sciences sociales. À mon avis, Comte, Marx, Durkheim et Weber n'hésiteraient pas à se rallier à ces deux affirmations » (Pires, 1997a, 22; nos italiques).

Dans ce passage, Pires (1997a) attire l'attention sur le fait que la notion d'objet construit est insuffisante pour caractériser une approche comme étant constructiviste, mais nous pouvons extrapoler ses propos pour souligner l'insuffisance de l'opposition entre constructivisme et réalisme pour caractériser une posture épistémologique. Dans la littérature sociologique, on retrouve des auteurs qui identifient les limites de cette opposition. C'est notamment le cas de Berthelot (2000) qui affirmait que « les oppositions et les ruptures [...] semblent avoir épuisé leur fécondité » (p. 234). Par ailleurs, il existe de nombreux indices de ce manque de fécondité, dont le fait que les réalistes adoptent des arguments typiquement constructivistes et que les constructivistes adoptent aussi des arguments typiquement réalistes. Selon Pires (2014; 2016), les postures dialectiques seraient un symptôme du manque de fécondité de cette opposition. Lorsqu'une tendance à

emprunter des éléments réalistes et des éléments constructivistes se développe, cela indique un problème que l'opposition ne permet pas de résoudre.

Cet imbroglio a entraîné les chercheurs en sciences sociales à développer des stratégies pour remédier à cette situation. Gohier (2004) préfère utiliser le qualificatif « interprétatif » étant donné qu'il a une portée plus générale et qu'il se retrouve « moins connoté en regard de traditions épistémologiques spécifiques » (Gohier, 2004, 17). D'autres auteurs, tels qu'Avenier et Albert (2009) et Mukamurera, Lacourse et Couturier (2006) adoptent une stratégie de transparence à l'endroit des fondements épistémologiques. Dans un cas comme dans l'autre, l'opposition entre réalisme et constructivisme n'est pas remise en question ou questionnée. Au contraire, l'opposition est maintenue, voire complexifiée par une terminologie qui reprend en partie l'un ou l'autre des termes. Cela est particulièrement le cas lorsqu'on tente de décrire l'approche luhmannienne à partir de des catégories de l'épistémologie traditionnelle :

« According to Luhmann, all knowledge is constructed by the observers. In spite of this, he does not deem it right to oppose this kind of epistemology to realism. Every observation is a real operation, which belongs to a real system in a real environment (Luhmann 1992 : 78, 2004b : 221). This is, however, not identical with the objectivity of observations or with the statement that observations represent the world. In contrast to 'classical' realism, Luhmann does not relate realism to the object of cognition but to the accomplishment of cognition or observation, and in this sense he might as well be called a realist » (Brunczel, 2010, 187, nos italiques).

En fait, le réalisme et le constructivisme, plutôt que de s'opposer l'un à l'autre, semblent chacun attirer l'attention vers certains aspects de la réalité au détriment d'autres. Autrement dit, en souscrivant à l'un des deux pôles, on arrive à voir certaines choses et on devient aveugle à l'égard d'autre chose. Brunczel (2010, 196) exprime cette idée en indiquant que « realism and constructivism do not exclude each other » (Brunczel, 2010, 196). À l'intérieur du cadre de l'épistémologie traditionnelle, nous pouvons alors dire que

Luhmann est en fait un réaliste qui affirme l'existence de systèmes sociaux fonctionnellement différenciés et qu'il devient constructiviste à partir du moment où il s'intéresse à la manière dont ces systèmes sociaux construisent leur monde à partir de leur fonction et leur code. Il y aurait en fait, des moments « réalistes » et des moments « constructivistes ».

Notre objet de recherche n'échappe pas à ce contexte équivoque. Pour le constater, il suffit d'affirmer que « les victimes d'actes criminels existent comme construction sociale parce qu'il existe réellement un système social communément appelé système pénal qui construit réellement tout ce qu'il construit ». On aurait pu dire la même chose du « crime » : « le crime existe comme une construction sociale parce qu'existe réellement un système social qui définit certains comportements comme criminel ».

Dans ce contexte équivoque, nous pourrions, à l'intérieur des paramètres de l'épistémologie traditionnelle, caractériser notre posture épistémologique comme étant celle d'un réalisme-constructivisme ou encore d'un constructivisme-réalisme si on veut donner la priorité au constructivisme. Car, malgré ce contexte équivoque, la qualification constructiviste apporte tout de même une évidence : l'observation scientifique est dirigée vers les procédés d'observation d'un autre observateur.

Toutefois, nous estimons que le terme constructiviste en lui-même n'est plus suffisant pour établir une distinction, voir une rupture par rapport au divers sens qu'il peut prendre. Une autre possibilité découlant du « constructivisme opérationnel » de Luhmann, serait d'endosser la posture d'un observateur de second-ordre, c'est-à-dire d'un observateur qui observe comment un observateur a observé (Luhmann, 2002a). Pour caractériser notre

posture épistémologique, nous allons plutôt privilégier cette alternative à l'épistémologie traditionnelle qui prend la forme d'une *théorie transdisciplinaire de l'observation*.

2.1.3.2. *En guise d'alternative : une théorie transdisciplinaire de l'observation*

Cette impasse de l'épistémologie traditionnelle a été (et est toujours) l'objet de la réflexion du professeur Alvaro Pires depuis quelques années. En guise d'alternative, il propose une *théorie transdisciplinaire de l'observation* (désormais, *théorie de l'observation*) qu'il a présentée lors de séminaires⁹⁰ et de conférences⁹¹. La contribution de Pires (2014; 2016) ne consiste pas tellement dans la création de ladite théorie, mais plutôt dans le fait de la présenter comme une épistémologie alternative en vue de rompre avec les insuffisances de l'épistémologie traditionnelle. En fait la contribution de Pires consiste, d'une part, dans le fait d'avoir observé le concept de « constructivisme » comme un médium, et d'autre part, dans le fait d'avoir tracé une distinction entre l'usage de ce médium par la sociologie traditionnelle et l'usage par Niklas Luhmann. Dans la sociologie traditionnelle, le constructivisme est l'un des deux pôles d'un même continuum, alors que chez Luhmann, lorsqu'il évoque un certain « constructivisme opérationnel », il jette les bases d'un nouveau paradigme épistémologique qui prend la forme d'une théorie interdisciplinaire de l'observation qui consiste à découvrir comment (*how*) l'observateur opère pour observer et ainsi construire sa réalité. Le focus est alors sur le « *how* » et non

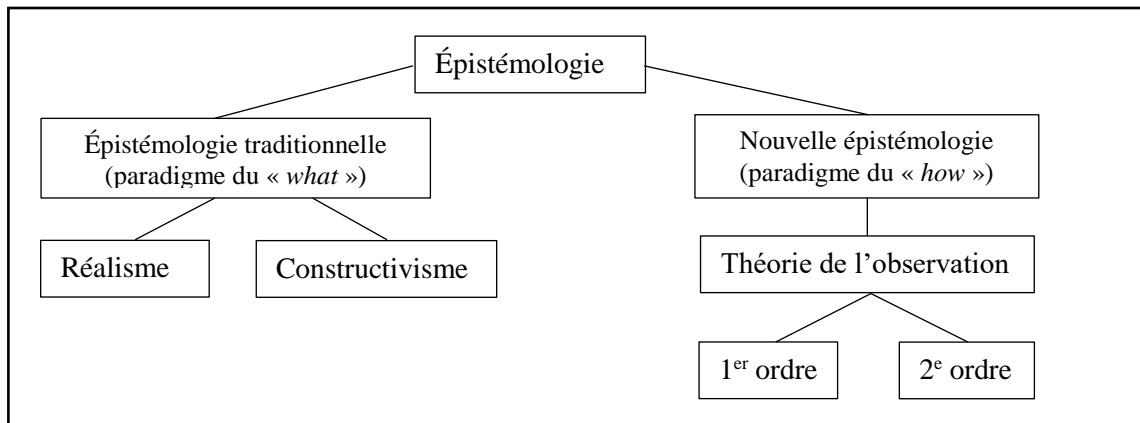
⁹⁰ Le premier séminaire eu lieu au trimestre d'hiver 2014 sous le code CRM6780D – *Épistémologie et sciences humaines : énigmes, impasses et nouvelles contributions*. Un deuxième séminaire eu lieu durant le trimestre d'automne 2016 portant le titre CRM6780A – *Thèmes choisis : une théorie transdisciplinaire de l'observation*.

⁹¹ Le professeur Pires a présenté cette théorie interdisciplinaire de l'observation en 2014 à l'occasion du *Colloque International sur l'œuvre de Niklas Luhmann* qui a eu lieu du 27 au 29 mars à l'Université d'Ottawa.

plus sur le « *what* », sur comment les opérations de l'observateur lui permettent d'observer de telle manière plutôt que elle autre, et non plus sur que connaissons-nous de la réalité.

Cette théorie de l'observation prend racine chez divers chercheurs qui, à l'intérieur des paramètres de l'épistémologie traditionnelle, s'identifiaient au « constructivisme » dans divers champs des sciences naturelles et des sciences sociales, dont les mathématiques (Spencer Brown), la cybernétique de deuxième ordre, la neurophysiologie (Von Foerster), la biologie (Maturana et Varela), la logique (Göthard Günther) et la sociologie (Luhmann) (Pires, 2014; Andersen, 2003, 64). Cette théorie s'est fait attribuer plusieurs noms au sein de la littérature scientifique (au sens large) : la théorie de l'opération de l'observation, la théorie de la distinction, la théorie de la forme, la théorie de l'observation (Pires, 2014; 2016). Comme nous pouvons le constater à partir de la figure 2, cette théorie de l'observation s'inscrit dans le paradigme du « *how* » que nous avons évoqué précédemment et que nous pouvons présentés en contraste du paradigme du « *what* ».

Figure 2 - L'épistémologie traditionnelle et la nouvelle épistémologie (Pires, 2014)



Alors que l'épistémologie traditionnelle s'est présentée elle-même comme étant l'unique alternative en s'articulant autour de la question du « *what* », la pensée piresienne nous amène à la reconduire comme étant une alternative parmi d'autres. Ainsi, il y aurait

d'un côté, le paradigme du « *what* », et de l'autre, le paradigme du « *how* ». Ce dernier ne s'articule plus autour de la question visant à savoir « que connaissons-nous de la réalité? », mais plutôt autour de la question visant à savoir « comment un observateur observe la réalité? ». La nouvelle épistémologie est celle de la théorie de l'observation qui distingue entre deux types d'observation : les observations de premier ordre et les observations de deuxième ordre. Nous reviendrons plus loin sur ces deux types d'observation.

Le concept d'observation est central à cette théorie transdisciplinaire et doit être compris dans un sens large comme étant « l'usage de distinctions [traduction libre]⁹² » (Luhmann, 1993, 223). Suivant cette définition, observer, consiste à tracer des distinctions « regardless of the material basis of the operation that does the job, and regardless of the boundaries that close a system (brain, mind, social system) so that it becomes an autopoietic system » (Luhmann, 2002a, 105). Toute entité pouvant tracer des distinctions est un observateur, incluant les systèmes psychiques (conscience) et les systèmes sociaux (Pires, 2004, 182). Nous pouvons alors parler de *systèmes observateurs* pour désigner ces entités capables d'avoir « un point de vue, une perspective, de proposer une distinction pour désigner un objet » (Ibid.). Ainsi, l'observation ne se confond pas avec la simple capacité visuelle (avoir des yeux), ni avec certaines méthodes d'observation⁹³ en sciences humaines (Pires, 2016). Il est à noter que même si les acteurs (systèmes psychiques) peuvent observer, ces derniers peuvent aussi bien observer pour eux-mêmes que pour un système social (Pires, 2004,182-183). Par exemple, dans l'exercice de la détermination de

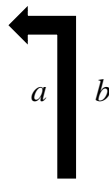
⁹² « the operative use of distinctions ».

⁹³ Comme l'observation *in situ* par exemple.

la peine, les juges observent pour le SDC, c'est-à-dire qu'ils observent à partir des distinctions dudit système⁹⁴.

Pour construire ce concept d'observation, Luhmann s'appuie sur les travaux des mathématiciens George Spencer Brown (1969). Il reprend de Spencer Brown le symbole de la forme (Figure 3) qui est constitué d'une ligne verticale et d'une ligne horizontale placées de manière à former un angle droit.

Figure 3 - Le symbole de la forme de George Spencer Brown



La ligne verticale trace une séparation entre deux côtés (ou deux faces) et la ligne horizontale indique un des côtés sans indiquer l'autre (Luhmann, 2006, 42). Dans la figure **3Erreur ! Source du renvoi introuvable.**, l'opération distingue entre la *face a* et la *face b* pour indiquer la *face a* et non la *face b*. Nous pouvons tirer deux conséquences : il est impossible de tout voir et toute observation produit nécessairement un angle mort, c'est-à-dire que toute observation exclut quelque chose de l'observation. Paradoxalement, nous pouvons dire que pour observer quelque chose, il faut nécessairement être aveugle à l'égard d'autres choses (Luhmann, 2002a, 140; Pires, 2014; 2016).

⁹⁴ Il en va de même pour les sociologues. Ces derniers peuvent avoir leur propre point de vue, mais ils peuvent également observer pour le système de la science. Si le choix du thème de recherche peut être vu comme un choix plus fortement influencé par les intérêts personnels du chercheur, c'est le système de la science qui suggère les choix théoriques et méthodologiques au chercheur. C'est par ailleurs, le système scientifique qui l'amène à formuler des hypothèses et à les tester empiriquement.

Par ailleurs, la consigne générale de la théorie transdisciplinaire de l'observation indique que « *toute observation dépend des distinctions tracées* [traduction libre⁹⁵] » (Luhmann, 2002a, 191). Puisque les opérations d'observation dépendent des distinctions tracées, cela signifie également que toute observation aurait pu être effectuée autrement. Les observations sont pour ainsi dire contingentes ou non nécessaires (Brunczel, 2010, 196).

Comme nous l'avons suggéré précédemment, la théorie transdisciplinaire de l'observation distingue entre deux types d'observation : les *observations de premier ordre* (*first-order observation*) et les observations de *deuxième ordre* (*second-order observation*) (Luhmann, 2002a).

D'une part, les *observations de premier ordre* désignent ces opérations effectuées pour observer la réalité : distinguer entre ceci et cela et indiquer ceci et non cela. La réalité désigne ici tout simplement ce qui est observé. Nous utilisons ce type d'observation quotidiennement pour bien fonctionner. Il suffit de prendre l'exemple de conduire une voiture pour se rendre au travail. D'abord, pour s'installer dans la voiture, nous devons distinguer la voiture de tout le reste, c'est-à-dire de tout ce qui n'est pas la voiture. Une fois installé dans ladite voiture, il nous faut maintenant la démarrer et pour ce faire, on doit distinguer le bouton « démarrer » de tous les autres boutons de l'habitacle. En conduisant, bien qu'on exige des automobilistes de garder les yeux sur la route, on doit néanmoins distinguer les divers panneaux de signalisation que nous rencontrons sur notre chemin de tout le reste pour en comprendre le sens. Nous pouvons illustrer l'observation de premier ordre à partir d'un exemple plus en lien avec le thème de notre recherche, comme celui

⁹⁵ « [...] all observations [...] [are] dependent upon distinction »

d'un juge qui détermine la culpabilité de l'accusé (coupable/non coupable) ou la gravité de l'infraction (circonstances aggravantes/circonstances atténuantes). Dans le cadre de ces exercices, le juge effectuera une série d'observations de premier ordre en s'interrogeant sur la question de savoir si l'accusé a commis l'infraction dont on l'accuse, s'il l'a commis dans telles ou telles circonstances. Sur le plan phénoménologique, les observations de premier-ordre nous positionnent dans une posture réaliste. Toujours à partir de l'exemple du juge, dans le cadre de ses exercices, celui-ci adopte une posture réaliste, puisque, sur la base des choses considérées, il arrivera à la conclusion que l'individu a soit réellement commis l'infraction ou non. Pour le dire autrement, le juge ne vivra pas cette observation comme une construction sociale de la réalité ou comme quelque chose qui dépend de son observation, mais bien comme une réalité. D'un point de vue phénoménologique, la posture du juge qui effectue des observations de premier-ordre est celle d'un réaliste.

Nous avons dit précédemment qu'observer consistait à tracer une distinction et d'indiquer quelque chose pour le distinguer d'autres choses (Luhmann, 2002a, 114). Or, ce quelque chose peut être un *observateur* (Ibid.). Lorsque l'observation est effectivement orientée vers d'autres observateurs ou vers les distinctions qui ont été tracées par ces observateurs observés, on parlera dès lors d'*observations de deuxième-ordre*. Il ne faut pas voir ce type d'observation comme étant supérieur aux observations de premier-ordre; il n'y a aucune hiérarchie entre ces deux types d'observation (Ibid.). Les deux reposent sur des distinctions qui ont été tracées et par conséquent ces deux types d'observation possèdent leurs propres angle-morts (qui ne peuvent devenir visibles qu'en traçant d'autres distinctions). Dit autrement, d'un point de vue strictement opérationnel, rien ne distingue les observations de deuxième-ordre des observations de premier-ordre. En fait, Luhmann

(2002a, 114) va même indiquer que « the second-order observation can [distinguish the observer from what he observes and at the same time, distinguish the operation of observing from other operations] *only as a first-order observation* ». Autrement dit, les observations de deuxième-ordre sont en fait des observations de premier-ordre qui désigne un observateur dans l'observation⁹⁶.

Pour illustrer l'observation de deuxième-ordre, imaginons que le juge de tout à l'heure ait rendu sa décision quant à la culpabilité et quant à la détermination de la peine. Pour rendre sa sanction, le juge s'est appuyé sur la jurisprudence ou dit autrement, il s'est appuyé sur les observations effectuées par d'autres observateurs (d'autres cours ou d'autres juges de la même cours)⁹⁷. Imaginons maintenant que la décision du juge de première instance se retrouve entre les mains d'un juge de la cour d'appel et que ce dernier doit déterminer si le juge de première instance a commis une erreur dans l'évaluation de la gravité dans la justification de la sanction. Dans le cadre de son travail, le juge de la cour d'appel est amené lui aussi à effectuer des observations de second-ordre en observant comment un observateur (juge première instance) a observé, c'est-à-dire en observant les *distinctions que le juge de première instance a tracée pour déterminer la gravité de l'infraction et pour déterminer la sanction*. Cette fois-ci, toujours sur le plan phénoménologique, le juge de la cour d'appel qui observe comment le juge de première instance a observé verra que les observations de ce dernier sont contingentes, qu'elles

⁹⁶ Cela ne signifie pas que la distinction entre observation de premier-ordre et observation de deuxième-ordre soit équivoque. Au contraire, « second-order observation is indeed not only first-order observation. It is both more and less. It is less because it observes *only* observers and nothing else. It is more because it not only see [...] its object but also sees what the object sees and sees how it sees what is sees, and perhaps even sees what it does not see [...] » (Luhmann, 2002a, 114).

⁹⁷ Pour le système judiciaire, la consultation de la jurisprudence consiste en de l'auto-observation parce que le système observe comment il a lui-même décidé dans telle situation pour orienter ses futures opérations (futures décisions). Par conséquent, l'auto-observation d'un système est toujours une observation de deuxième-ordre puisque le système observe réflexivement comment il a lui-même observé.

dépendent non pas de la réalité, mais des choix opérés par ledit juge pour observer de telle manière plutôt que telle autre. Le rapport de cet observateur à ces constructions juridiques de la réalité se situe désormais dans une perspective constructiviste au sens luhmannien, c'est-à-dire d'un point de vue opérationnel. Cependant, pour aller au bout de notre exemple, il faut voir que pour le juge de la cour d'appel, *ses propres observations sur les observations du juge de première instance correspondent à la réalité*. Autrement dit, le rapport du juge de la cour d'appel à ses propres observations se situe dans le réalisme.

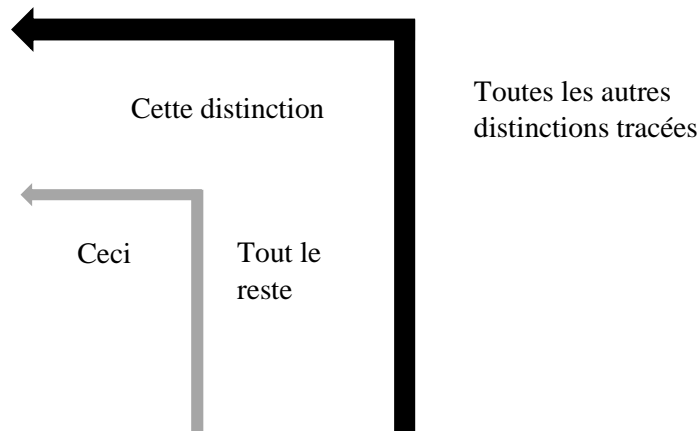
Terminons cet exemple en indiquant que si les observations de deuxième-order permettent de rendre visible l'observation des observateurs de premier-order, c'est-à-dire rendre visible autant ce qu'ils ont vu que ce qu'ils n'ont pas vu, les observations de deuxième-order possèdent également leurs propres angles-morts.

Sur le plan épistémologique, l'observation de deuxième order demeure néanmoins prometteuse en ce qu'elle positionne un observateur de manière à observer comment un autre observateur a observé. L'observateur de deuxième order se donne les moyens de voir ce que l'observateur n'a pas vu, c'est-à-dire ses angles-morts. Il nous faut maintenant expliquer plus en détails cet aspect de la réalité de l'observation. Si nous partons de l'idée que toute observation dépend des distinctions qui sont tracées, alors il faut aussi déduire que toute observation conditionne simultanément ce qui n'est pas observé. Pour le dire autrement, toute observation est aussi une non-observation et possède ses angles-morts. Dubé (2018, 5) distingue deux types d'angles-morts : d'abord, il y a l'angle-mort qui est créée par la distinction elle-même, c'est-à-dire la face non indiquée d'une distinction; ensuite, le deuxième type d'angle-mort est « par rapport au processus même de distinction » (Ibid.). Ce dernier fait référence au fait que nous ne sommes pas toujours

conscients des distinctions que nous opérons dû au rythme accéléré de la vie quotidienne (Ibid.).

Pour notre propos, ce sont les angles-morts créés par la distinction qui nous intéresse. Que ce soit une observation de premier-ordre ou de deuxième-ordre, ces angles-morts sont invisibles pour l'observateur x au moment d'effectuer l'observation. Avec l'aide du temps, par contre, un même observateur (x) ou un observateur différent (y) peut observer comment x a observé. Nous pouvons schématiser l'observation de deuxième-ordre de la manière suivante :

Figure 4 - L'observation de deuxième-ordre, ses possibilités et ses limites



La figure 4 met en exergue deux distinctions : la distinction « ceci/tout le reste » (en gris pâle) et la distinction « cette distinction/toutes les autres distinctions » (en noir). La distinction en gris pâle correspond à une observation de premier-ordre qui indique la face « ceci ». En observant à partir de cette distinction, l'observateur de premier-ordre parvient à observer « ceci », mais demeure aveugle sur « tout le reste ». La distinction en noir correspond à une observation de deuxième-ordre qui indique la face « cette distinction »,

soit la distinction « ceci/tout le reste » dudit observateur de premier-ordre. Pour l'observateur du deuxième-ordre, ce qui devient visible, c'est la distinction qui a été utilisée par l'observateur de premier-ordre pour observer la réalité. Cela signifie que l'observateur de deuxième-ordre peut voir, non seulement ce que l'observateur de premier-ordre a pu voir, mais aussi, et même surtout, ce que ce dernier n'a pas pu voir. Comme l'indique Luhmann (2002a, 115), « On the level of second-order observation, one can thus see [...] what the observed observer sees, and what the observed observer does not see »⁹⁸.

Au sein de notre recherche, nous endossons la posture d'un *observateur de deuxième ordre*, c'est-à-dire d'un observateur qui observe comment le système judiciaire observe les victimes et la relation qu'il entretient avec elles dans le contexte de la détermination de la peine. Cela signifie que nous sommes conscients que nos observations ont leurs propres angles morts et cela stimule la réflexivité ou la « vigilance épistémologique » (Bachelard, 1922 dans Pires, 2004, 181).

Nous le voyons bien, la théorie transdisciplinaire de l'observation se présente alors comme une théorie purement *descriptive*. Elle permet de décrire comment un aspect de la réalité a été observé par un observateur ou comment un observateur a observé.

Cependant, si nous nous positionnons comme un observateur de deuxième ordre, ne sommes-nous pas condamnés à endosser une posture strictement descriptive? La réponse à cette question est négative puisque la théorie transdisciplinaire de l'observation peut s'annexer à des théories explicatives. Dans le cadre de notre recherche, par exemple, nous l'avons annexé à la théorie des systèmes et à la théorie de la RPM. Autrement dit, la théorie des systèmes de Niklas Luhmann est une théorie qui observe à l'aide de la distinction

⁹⁸ En fait, la seule chose qui est exclue de l'observation de deuxième-ordre, explique Luhmann (2002a), est l'opération d'observation qui est effectuée au moment même de l'observation (p. 115).

système/environnement et qui explique le phénomène de la société dans son ensemble. La théorie de la RPM en est une qui observe à l'aide de la distinction évolution/non-évolution et qui vise à décrire et à expliquer la non-évolution du SDC (Garcia, 2013). Nous avons également utilisé la théorie de l'observation comme méthode d'analyse de discours générale qui nous a amené à observer comment les tribunaux observaient leur réalité, c'est-à-dire à observer les distinctions qu'ils mobilisent dans les contextes significatifs à notre recherche.

Par ailleurs, il faut également prendre note que la théorie de l'observation, bien que descriptive, n'est pas dépourvue d'un potentiel critique (Dubé, 2018), notamment en amenant un observateur à voir ce qu'il n'a pas vu (ou du moins à favoriser les conditions pour que cela se produise). En tant qu'observateur de deuxième ordre, nous pouvons tracer nos propres distinctions afin « d'objectiver » (au sens de rendre visible) les angles morts d'un autre observateur, en l'occurrence le système judiciaire. En objectivant les angles morts du système judiciaire, nous créons les conditions nécessaires à ce que ledit observateur prenne connaissance de ses propres angles morts, voire de ses propres contradictions afin de favoriser *d'autres distinctions pour orienter ses observations futures*.

Ainsi, la théorie de l'observation nous amène à interroger ce que signifie être « critique ». Sans entrer dans les détails, la critique a longtemps été associée à l'idée de détruire l'objet critiqué (Moser, 1990; Rocher, 2005, 7; Dubé, 2015b, 6). Ce n'est pas cette critique qui nous intéresse ici. À la suite de certaines contributions entendues lors d'un Colloque sur la place de la normativité et de la critique en sciences sociales, nous préférons concevoir la *critique* comme étant la mise en valeur d'un « autrement », c'est-à-dire *de rendre visible*

des possibilités qui ont été invisibilisées. Cette définition de la « critique par la mise en valeur des mondes possibles » cadre parfaitement avec les prémisses de l'observation de deuxième ordre décrite précédemment.

Cette forme de critique, par ailleurs, s'accorde bien avec la démarche de la sociologie du droit « avec le droit » (Luhmann cité par Garcia, 2011). Cette démarche s'oppose à ce que l'on pourrait nommer la sociologie du droit « sans le droit » qui caractérise les études sociologiques prenant le droit comme objet sans comprendre ses conventions, ses concepts, voir sa réalité (Garcia, 2011). À l'opposer, la sociologie du droit « avec le droit » caractérise les recherches prenant le droit pour objet tout en faisant un effort pour comprendre ses conventions, ses concepts, sa réalité. Selon Luhmann (2002a), l'avantage de cette posture épistémologique est, bien entendu, celui de comprendre comment le droit comprend son monde, de comprendre de quelles distinctions découle cette compréhension du monde, et ce afin de mieux comprendre ce que ces distinctions invisibilisent dans le « non indiqué » et ce qui serait alors possible pour le droit si d'autres distinctions étaient tracées, notamment celles permettant d'entrer dans les possibilités invisibilisées.

Par contre, d'autres avantages ont été indiqués par Garcia (2011) qui voyaient dans la sociologie du droit « avec le droit » une posture permettant d'entretenir un dialogue entre les sciences sociales, les sciences juridiques et le droit. En entretenant ce dialogue, la diffusion et l'activation des connaissances développées par les sciences sociales sera plus susceptible d'être convertie en *information*, c'est-à-dire en une « différence qui fait une différence » (Bateson cité par Luhmann, 2002a, 98). En adoptant une telle attitude de recherche à l'égard du droit, le chercheur qui adhère à cette perspective est amené à

caractériser sociologiquement le SDC en prenant en considération comment ce dernier se décrit, s'observe et réagit face aux stimuli de son environnement.

Par ailleurs, le chercheur s'inscrivant dans cette posture épistémologique, ajoute Garcia (2011), est apte à décrire le droit d'une manière *scientifique* de sorte à « saisir les conventions, les concepts, les idées, les théories et les systèmes d'idées du [droit] » (p. 425). Cette approche apporte certains avantages au développement des connaissances sur le droit. D'un côté, la sociologie du droit « avec le droit » est susceptible de modifier le rapport entre le droit et les disciplines lui étant exogènes, comme les sciences sociales, en permettant des échanges entre les juristes et scientifiques sociaux. Cette volonté de produire de l'*information audible* vise à entretenir un dialogue entre les sciences sociales et le droit (criminel). De l'autre côté, cette perspective apporterait une contribution à l'évolution des connaissances scientifiques et juridiques en jetant de la lumière sur des alternatives qui soient à la portée du droit.

Par ailleurs, cette posture épistémologique s'aligne avec deux des conditions nécessaires identifiées par Garcia et Dubé (2017a) pour favoriser l'évolution du droit criminel : la « collaboration et la coresponsabilisation autour d'un projet commun » et la « synchronisation entre les pratiques et les idées innovatrices » (p. 28 et s.). La collaboration et la coresponsabilisation consistent à établir un dialogue « entre le législateur, le judiciaire, les universitaires, les mondes de la pratique du droit et les univers de l'intervention » (Garcia et Dubé, 2017a, 28). En cherchant à favoriser le dialogue entre les sciences sociales et les sciences juridiques, notre projet de recherche vise à faire un pas dans cette direction qui consiste à faire de l'évolution du droit criminel ou de sa réforme un projet commun en commençant par l'amener à comprendre son observation et son

inobservation. En adoptant une telle posture épistémologique, notre projet de recherche tend à favoriser une synchronisation entre les idées innovatrices et les pratiques judiciaires. En effet, comme le soulignent Garcia et Dubé (2017a, 30), un manque de cohérence entre idées et pratiques se fait ressentir en matière de justice criminelle. Pour favoriser la réforme du droit criminel ou son évolution, il faut « investir les deux piliers [...] [de la] réforme [:] le plan opérationnel (les pratiques comme opérations) et le plan cognitif (idées), et le faire de manière innovatrice et cohérente » (Ibid., 32). Favoriser le dialogue entre sciences sociales et le monde juridique constitue un pas vers la synchronisation entre idées et pratique, notamment en ce qui concerne la thématique des victimes d'actes criminels.

En résumé, nous avons préféré ne pas utiliser la distinction entre réalisme et constructivisme pour qualifier notre posture épistémologique pour favoriser une épistémologie alternative prenant la forme d'une théorie de l'observation. D'après cette théorie de l'observation, nous sommes, en tant que chercheur, un observateur de deuxième ordre qui, sans position de surplomb, observe un autre observateur. À partir de cette position, nos observations s'orientent vers les distinctions mobilisées dans les opérations du système judiciaire, de même que leurs angles morts. Il s'agit de rendre visibles les possibilités opérationnelles qui ont été invisibilisées par les opérations d'observation du système judiciaire. En objectivant ces possibilités opérationnelles, nous pouvons dès lors les caractériser comme étant innovatrices ou redondantes et les rendre visibles pour le système judiciaire lui-même.

2.2. La constitution de l'assise empirique de la recherche

Pour répondre à notre question de recherche, nous allons privilégier une analyse documentaire à partir de décisions judiciaires tirées de la jurisprudence des tribunaux canadiens. Rappelons que nous avons délimité notre objet de recherche en mettant au centre de l'intrigue la relation entre le système judiciaire et les victimes *du point de vue du système*, décentrant ainsi le point de vue des acteurs (que ce soit celui du juge ou de la victime). Par conséquent, ce qui nous intéresse particulièrement dans cette relation entre le système judiciaire et les victimes, c'est la mise en forme des « inputs victimaires » au moment de la détermination de la peine par les *structures sémantiques* des organisations centrales du SDC moderne – les tribunaux (Luhmann, 2004).

2.2.1. Échantillon, univers de travail et le modèle de notre recherche

Dans ce qui suit, nous établissons quelques précisions conceptuelles à l'égard des notions d'échantillon et d'univers de travail. Pires (1997b) trace une distinction entre deux types d'échantillons : l'échantillon *opérationnel* et l'échantillon *au sens large*. Ces deux types d'échantillons correspondent respectivement à deux modèles-types de structure de recherche : le modèle *conventionnel* et le modèle *ouvert* (Pires, 1997b, 118-119).

Le modèle conventionnel désigne les recherches qui comptent deux moments de généralisation. D'abord, elles doivent procéder à la généralisation de leur échantillon à leur population, il s'agit de la « généralisation empirique » (Pires, 1997b, 118). La généralisation empirique signifie que les résultats de recherche obtenus à partir de l'échantillon sont extrapolés au reste de la population. Pires (1997b, 118) illustre la généralisation empirique en empruntant l'exemple de Rose (1982, 49):

« Supposez une chercheuse qui veuille connaître les rapports entre l'appartenance à une organisation et le sentiment d'impuissance parmi les étudiants (niveau théorique). Supposez aussi qu'elle ait opté pour une recherche quantitative et décidé de prélever un échantillon de 400 étudiants de l'université X en 1980 aux États-Unis. Il s'agit d'une structure conventionnelle parce qu'elle a construit sa recherche par le biais d'un échantillon (400 étudiants), prélevé d'une population empiriquement limitée (l'Université X en 1980, aux É.-U.). Elle généralise alors, dans un premier temps, les résultats obtenus auprès de son échantillon au reste de cette population bien déterminée dans le temps et dans l'espace. » (Pires, 1997b, 118)

Lors de la généralisation empirique, indique Pires (1997b, 118), « on passe d'un échantillon opérationnel E (défini comme tel) à une population P (également définie comme telle) ». Ensuite, le modèle conventionnel de recherche amène les chercheurs à effectuer un deuxième moment de généralisation des résultats empiriques pour produire des « résultats théoriques⁹⁹ ». Il s'agit de la « généralisation analytico-théorique ». Celle-ci n'implique plus directement l'échantillon, mais la population (dont les résultats de recherche obtenus par l'échantillon ont été généralisés) et les « univers généraux variés », c'est-à-dire les « populations [...] moins dépendantes du contexte de réalisation de la recherche » (Ibid., 119). À partir de l'exemple emprunté à Rose (1982, 49), cette généralisation analytico-théorique pourrait s'effectuer de la population définie par la chercheuse (université X, en 1980, aux États-Unis) à l'ensemble des étudiants universitaires aux États-Unis ou encore à l'ensemble des étudiants des pays occidentaux (univers généraux variés).

Les deux moments de généralisation, qui caractérisent les recherches s'inscrivant dans le modèle conventionnel, s'expliquent par la nette distinction qui est établie entre l'échantillon et la population. Pour produire des généralisations théoriques, ces recherches doivent d'abord s'assurer de la transférabilité de leur échantillon à leur population. Cette

⁹⁹ Résultats qui demeurent néanmoins empiriquement fondées.

distinction nette entre l'échantillon et la population s'explique à son tour par le fait que, dans ce modèle de recherche, les chercheurs se retrouvent dans une situation où ils ne peuvent pas étudier leur population en entier (Pires, 1997b, 118). Ces chercheurs sont alors contraints de produire un « échantillon opérationnel ».

Il faut faire preuve de prudence lorsqu'on utilise la notion d'« échantillon », car *celle-ci « se modifie en fonction du projet de connaissance »* de la recherche qui est conduite par le chercheur (Pires, 1997b, 124; nos italiques). Les projets de connaissance des chercheurs s'inscrivant dans le modèle conventionnel privilégient un échantillon au sens strict du « résultat d'une démarche visant à *prélever une partie d'un tout bien déterminé* » (Pires, 1997b, 113; nos italiques). Dans l'exemple de Rose (1982), on prélève un échantillon de 400 étudiants d'une population clairement définie, soit la population de l'université X qui peut aisément être obtenue sous la forme d'une liste des étudiants inscrits à cette université. Dans cet exemple, on pourrait dire que la population a un contour presque naturel qui permet de le distinguer d'autres univers généraux variés (ex. université Y, universités des É.-U., etc.).

A contrario, dans les recherches s'inscrivant dans le *modèle ouvert*, telle que la nôtre, la notion d'échantillon prend un sens plus large pour désigner « *le résultat de n'importe quelle opération visant à constituer le corpus empirique d'une recherche* » (Pires, 1997b, 113; nos italiques). En effet, Pires (1997b) explique que :

« Dans une recherche ayant une structure ouverte, le chercheur n'est pas tenu de présenter son corpus comme un échantillon opérationnel de son univers de travail. Il lui suffit de montrer comment il a constitué ce corpus et d'indiquer quel est son univers de travail. *C'est que son objectif final ne lui commande pas ici de faire une généralisation empirique à partir de son matériel au reste de son univers de travail non observé avant de passer au plan théorique.* » (Pires, 1997b, 133; nos italiques)

Comme le souligne le méthodologue, les recherches s'inscrivant dans le modèle ouvert n'effectue qu'une seule généralisation, soit la généralisation analytico-théorique que nous avons décrit précédemment. La principale différence c'est que, dans le modèle ouvert, la généralisation s'effectue à partir des résultats de l'échantillon au sens large ou du corpus empirique. De cette manière, ces recherches ne connaissent qu'un moment de généralisation qui « passe directement [du] corpus empirique au niveau théorique global » (Pires, 1997b, 119).

Les recherches s'inscrivant dans le modèle ouvert ne possèdent par conséquent pas d'échantillon *opérationnel* clairement distinct d'une population clairement établie, car les chercheurs se trouvent dans des situations de recherche où leur projet de connaissance ne nécessite pas la production de tels échantillons opérationnels. Dans notre cas, nous pouvons dire que, pour atteindre nos objectifs de recherche, nous n'avons pas besoin de procéder à une généralisation empirique. C'est-à-dire que nous n'avons pas besoin de généraliser nos résultats obtenus à partir de notre corpus empirique aux décisions judiciaires que nous n'avons pas pu observer. En effet, pour décrire comment se déploie la relation entre le système judiciaire et les victimes d'actes criminels à l'étape de la détermination de la peine, le corpus empirique que nous avons établi (et que nous présenterons sous peu) est suffisant en lui-même. C'est en ce sens que nous pouvons dire que notre corpus empirique ou notre échantillon (au sens large) constitue une « totalité particulière », voir une population en elle-même. Évidemment, on l'aura compris, par « totalité », on ne renvoie pas au fait que notre corpus empirique soit constitué de toutes les décisions judiciaires disponibles dans les bases de données sondées (*Nexis Lexis Quicklaw*® et *Canlii*). Totalité renvoie plutôt à l'idée de *suffisance* en vue d'accomplir le projet de connaissance tel qu'il a été défini par

le chercheur. Cela signifie que, et c'est particulièrement le cas dans notre situation, « ce n'est pas parce qu'on doit sélectionner qu'on échantillonne » (Pires, 1997b, 122). *Ainsi, il n'y a pas de contradiction lorsque nous affirmons ne pas procéder à un échantillon opérationnel dans le cadre de notre recherche tout en procédant à la sélection de décisions judiciaires selon certains critères dans la constitution de notre corpus empirique.*

Maintenant que toutes les précisions conceptuelles ont été apportées, nous pouvons nous consacrer à la présentation de la constitution de notre corpus empirique.

2.2.1.1. Le corpus empirique

Pour constituer notre corpus empirique, nous disposons virtuellement de l'ensemble des décisions judiciaires canadiennes traitant de la matière criminelle et pénale. Toutefois, il convient de préciser que toutes les décisions rendues ne sont pas accessibles. Un certain nombre de décisions est prononcé, sans être transcrit à l'écrit, ce qui les rend impossibles à analyser à l'intérieur de notre dispositif de recherche. Cependant, cette perte de matériel empirique n'entraîne peu ou pas de conséquence à l'égard de notre projet de recherche. Effectivement, si ces décisions ne sont pas *stabilisées ou matérialisées* sous forme écrite, c'est parce que le système judiciaire lui-même estime qu'elles ne constituent pas un enjeu majeur du point de vue du droit. Autrement dit, les décisions écrites sont celles que le système sélectionne pour rendre compte de l'état du droit. En effet, dans un système judiciaire de *Common Law*, le principe de la *stare decisis* veut que les tribunaux tiennent compte de ce qui a déjà été décidé. Or, pour rendre ce principe opérant, certaines décisions doivent être stabilisées par l'écriture.

Toutes les décisions écrites ne sont pas nécessairement accessibles non plus. Seules celles qui sont téléversées au sein des bases de données telles que *CanLii*, *Nexis Lexis Quicklaw*®, *WestLawNext Canada*® le sont. En dépit du fait que certaines décisions écrites ne sont pas téléversées dans les bases de données, nous estimons, ici aussi, que la réalisation de notre projet de recherche ne se retrouve pas affectée. Les bases de données réunissent un volume impressionnant de décisions judiciaires canadiennes qui introduit le problème de leur gestion. En effet, pour effectuer une analyse en profondeur de la jurisprudence, il fallait viser une quantité gérable de décisions judiciaires. Pour ce faire, nous avons dû établir des critères de sélection.

2.2.1.2. La sélection des décisions judiciaires

Le processus de sélection des décisions judiciaires, tout comme la constitution du corpus empirique, s'est fait de manière séquentielle. Au terme de ce processus, notre corpus empirique comptait 95 décisions judiciaires. La constitution du corpus a été contrôlée par un « va-et-vient » continu entre les observations empiriques que nous avons pu faire à partir des décisions intégrées au corpus empirique et des décisions qui ne faisaient pas partie du corpus (ou pas encore). Ces décisions consultées qui ne faisaient pas partie du corpus empirique constituent l'univers de travail de la recherche et sont au nombre de 331.

Les premières séquences du processus correspondaient à une phase exploratoire. Durant cette phase exploratoire, le processus suivait intuitivement le principe de la diversification (Pires, 1997b) afin d'obtenir le « *panorama le plus complet possible des problèmes ou situations* » (p. 155). Cette phase exploratoire nous a permis d'identifier les « foyers discursifs » dans lesquels il nous était possible d'observer notre objet de recherche.

Néanmoins, nous avons établi quelques critères généraux pour guider la sélection des décisions judiciaires afin d'assurer une certaine pertinence par rapport au problème de recherche. Ces critères généraux sont au nombre de cinq :

1. Les décisions judiciaires devaient avoir été rendues entre 1988 et aujourd'hui;
2. Dans les décisions, le tribunal devait faire référence aux victimes dans son jugement;
3. Les décisions devaient s'articuler autour de l'enjeu de la détermination de la peine du condamné (par opposition aux décisions visant à établir sa culpabilité);

Lorsqu'une décision répondait aux critères précédents, il fallait que :

4. Les références aux victimes et à leurs « inputs » soient suffisamment visibles et étoffées pour permettre l'analyse;
5. Les références aux victimes et à leurs « inputs » constituent un enjeu suffisamment significatif pour que le tribunal ait à se positionner à leur égard.

Par rapport au premier critère, le critère temporel, nous avons circonscrit nos recherches à la période de 1988 jusqu'à 2018. La littérature nous a appris que les rapprochements entre le droit criminel et les victimes dans le contexte de la détermination de la peine s'étaient surtout concrétisés autour de la *déclaration de la victime* (voir précédemment, Chap. 1, point 1.1.1). Comme ce dispositif a été introduit au Canada à la fin des années 1980, orienter nos recherches en fonction de ce critère temporel allait de soi.

Précisons qu'en établissant ce critère temporel notre objectif n'était pas d'étudier l'intervalle 1988-2018, mais bien un problème, notamment celui du nouvel encadrement de la victime dans le processus de détermination de la peine. Foucault (1980) avait établi la distinction entre « étudier une période » et « analyser un problème » (p. 30-32). Dans le

premier scénario, l'étude d'une période implique alors, selon Foucault (1980, 32) un « traitement exhaustif » du matériel disponible. Dans le deuxième scénario, soit l'analyse d'un « problème », c'est à d'autres règles méthodologiques qu'il faut se soumettre :

« [...] choix du matériau en fonction des données du problème; focalisation de l'analyse sur les éléments susceptibles de le résoudre; établissement des relations qui permettent cette solution. Et donc indifférence à l'obligation de tout dire, même pour satisfaire le jury des spécialistes assemblés. » (Foucault, 1980, 32)

Par conséquent, nous n'avons pas l'intention d'étudier l'ensemble des décisions qui ont été rendues à l'intérieur de cet intervalle, mais bien celles qui s'avèrent pertinentes à l'égard de notre problème de recherche. Nous avons opérationnalisé ce critère temporel à partir des options que les moteurs de recherche mettent à la disposition des utilisateurs (ex. trouver des décisions entre temps t et temps $t + I$).

Le deuxième critère est le plus fondamental. Pour qu'une décision judiciaire soit pertinente du point de vue de notre recherche, il fallait au moins que le tribunal fasse référence à la ou aux victime(s). Nous avons estimé que les tribunaux faisaient référence aux victimes lorsque les termes « victime » et « plaignant ou plaignante » étaient utilisés. Cependant, toutes les références à ces termes ne nous étaient pas nécessairement utiles. Cela se produisait lorsque les termes susmentionnés étaient employés dans la présentation des faits de l'affaire ou lorsque le tribunal indiquait simplement qu'aucune déclaration de la victime n'avait été soumise. Dans certaines circonstances, il est simplement impossible pour le tribunal de décrire l'infraction qui a été commise sans faire référence à la victime. Si la présentation des faits établis constitue une étape importante pour le tribunal avant de prononcer la peine qu'il imposera à un condamné, c'est moins le cas dans le cadre de notre

projet de recherche¹⁰⁰. Nous avons opéré ce critère dans les moteurs de recherche à partir des mots-clés « victime » ou « plaignant! »¹⁰¹. Pour déterminer si un renvoi aux victimes ou aux plaignants était pertinent, il nous fallait lire les passages et ultimement la décision.

En ce qui a trait au troisième critère, celui-ci assurait que les références aux victimes étaient mises en relation avec les normes de sanction. Cette mise en relation, nous l'avons vue dans la première partie de la thèse, constitue le cœur de notre problématique de recherche. Nous avons repéré plusieurs décisions qui faisaient référence aux victimes et à leurs déclarations, mais qui ne visaient pas à déterminer la sanction pour le délinquant. Dans la plupart de ces cas, c'est à une autre question de droit que les tribunaux devaient trancher qui bien souvent était celle de l'admissibilité de déclarations de la victime. Si le procureur présente des déclarations des victimes et que l'avocat de la défense s'oppose à la soumission de certaines d'entre elles, le juge doit trancher et déterminer si ces déclarations sont admissibles ou non. Suivant la lecture de certaines décisions de ce genre, même si elle ne visait pas à déterminer la peine, certaines d'entre elles se sont avérées pertinentes pour observer la relation entre le droit criminel et les victimes, car elle provoquait une réflexivité du système sur son propre rapport avec les victimes. Lorsque c'était le cas, nous avons fait une exception sur l'application de ce troisième critère et nous avons intégré lesdites décisions puisqu'elles offraient néanmoins de l'information pour l'analyse de notre problème. Nous avons appliqué ce critère en incluant le mot-clé « détermination de la peine » et son équivalent anglophone « sen-tencing » aux autres mots-clés susmentionnés.

¹⁰⁰ Cela dit, les faits établis peuvent s'avérer pertinents dans certains cas puisqu'ils permettent d'orienter l'analyse en suggérant ou évacuant certaines pistes d'interprétation.

¹⁰¹ Dans le moteur de recherche *Lexis Nexis Quicklaw*, le point d'exclamation permet d'inclure dans la recherche lancée toutes les terminaisons possibles avec la racine du mot recherché.

Lorsqu'une décision satisfaisait aux trois premiers critères, il nous fallait déterminer si celle-ci offrait suffisamment de détails pour faire l'objet d'une analyse. Nous avons favorisé les décisions dans lesquelles les *inputs* victimaires étaient cités *in extenso à partir de la déclaration de la victime*. Par ailleurs, nous avons également favorisé les décisions dans lesquelles les tribunaux avaient à se positionner devant un ou plusieurs *inputs* victimaires. Pour savoir si une décision rencontrait l'un ou l'autre de ces critères, il fallait lire la décision et décider si celle-ci pouvait ou non être incluse dans le corpus empirique. Au départ, il nous était difficile de savoir ce que signifiait « une décision suffisamment détaillée », mais au fur et à mesure que la collecte de données avançait, l'exercice devenait plus évident.

Comme le lecteur l'a peut-être déjà remarqué, nous n'avons pas établi de critères par rapport à la position hiérarchique des tribunaux. Nous avons inclus autant les décisions des cours de première instance que celles provenant des cours d'appel et de la Cour suprême du Canada en sachant que plus on monte dans la hiérarchie judiciaire, plus les justifications, les notions et les concepts juridiques sont généralement étoffés et détaillés. Cela contraste avec les processus décisionnels plus routiniers des cours de première instance. Nous n'avons pas non plus ciblé des infractions particulières de crainte de créer délibérément un angle mort dans l'observation empirique. Suivant l'adoption de la déclaration de la victime, nous avons estimé que les victimes sont susceptibles de participer au processus de détermination de la peine pour toutes les infractions impliquant une victime humaine. La hiérarchie des cours de justice de même que les catégories d'infractions criminelles n'ont pas été des critères opérants dans la constitution de notre corpus empirique.

Mentionnons également que nous avons intégré quelques décisions judiciaires qui ont été rendues au sein du système de justice pour adolescents. Même si le système de justice pour adolescents et le système de justice pour adultes ne mobilisent pas tout à fait le même système de pensée, certaines décisions se sont avérées utiles en nous permettant d'obtenir de l'information pertinente sur notre problème de recherche. Par exemple, certaines d'entre elles nous ont permis d'observer comment les tribunaux observent certains torts qu'ont subis certaines victimes. Par ailleurs, elles ont pu aussi nous indiquer que les problèmes associés aux ordonnances de dédommagement ne sont pas strictement reliés à la RPM; d'autres aspects pragmatiques contribuent à limiter le recours à cette option décisionnelle. Cependant, une préférence systématique aux décisions rendues au sein du système de justice pour adultes à orienter tout le processus d'échantillonnage.

Finalement, nous pouvons dire de manière globale que la sélection des décisions judiciaires a pris la forme d'une « étude collective de cas » (Stake, 1994, cité par Pires, 1997b, 152), c'est-à-dire que nous avons cherché à obtenir des décisions qui jetaient de la lumière sur différents aspects du phénomène étudié de sorte à établir une « mosaïque par l'entremise d'un nombre diversifié de cas » (Pires, 1997b, 157).

Au cours du processus, nous avons pu progressivement identifier les contextes ou les situations dans lesquelles les références aux victimes étaient susceptibles de se manifester dans les décisions judiciaires. Lorsque nous avons identifié les situations ou les contextes pertinents, nous avons dès lors adopté une logique « d'échantillonnage par contraste-approfondissement » (Pires, 1997b, 160). Nous n'avons pas adopté l'ensemble de ce devis d'échantillonnage, mais seulement quelques aspects, notamment la recherche délibérée d'une situation ou d'un contexte faisant contraste à celles que nous avons déjà étudiée. Par

exemple, cette stratégie d'échantillonnage nous a été très utile lorsque nous avons trouvé des décisions dans lesquelles les victimes adoptaient une attitude punitive. Nous avons alors délibérément cherché des décisions dans lesquelles les victimes adoptaient une attitude inverse en prônant le pardon, la clémence et la modération. Spécifions que l'objectif théorique était moins de comparer les attitudes adoptées par les victimes que la réaction des tribunaux à leur égard.

Pour récapituler, même si nous n'avons pas utilisé un « échantillon opérationnel » (Pires, 1997b), nous avons tout de même établi des critères pour déterminer les décisions judiciaires à intégrer au corpus empirique. Nous avons utilisé un critère temporel qui nous a été donné par la revue de littérature sur le développement de la relation étudiée. Nous avons utilisé le critère de la présence de références aux victimes dans le processus de détermination de la peine et celui de la richesse des références. Les références devaient être suffisamment étoffées pour observer notre objet : la mise en forme des inputs victimaires par le système judiciaire. Outre la présence et la richesse des références aux victimes, il fallait également que ces références apparaissent dans le contexte de la détermination de la peine dans le système de justice criminelle pour adulte.

2.3. Méthode d'analyse des données

Dans cette section, il sera question de notre stratégie d'analyse. Nous présenterons les deux grandes étapes que nous nous proposons de suivre : l'étape préparatoire et l'étape de l'analyse. La première étape correspond à la constitution du corpus empirique à partir de recherche par mots-clés et à partir de lectures exploratoires. L'étape suivante, celle où

l'analyse s'effectue, correspond aux lectures verticales et transversales des décisions judiciaires en vue d'introduire les inférences (Mukamurera, Lacourse et Couturier, 2006). Nous décrirons dans ce qui suit, et pour chacune de ces étapes, leurs objectifs analytiques respectifs et la manière par laquelle nous nous y sommes pris pour les atteindre.

2.3.1. L'analyse de contenu ou l'analyse de discours?

Par rapport à la méthode d'analyse des données, nous avons effectué un traitement qualitatif à l'endroit de notre corpus empirique en privilégiant une analyse du discours au sens large. Au sein des sciences sociales, le discours s'est présenté comme « l'objet d'intelligibilité du social », c'est-à-dire que le discours est devenu un indicateur non négligeable des phénomènes sociaux (Duchastel, 1993, 159). Le discours s'est fait attribuer au moins deux statuts théoriques en sociologie. D'un côté, le discours possède le statut d'une « source de savoir » dont le chercheur peut saisir à partir de documents (au sens large), d'entrevues, de témoignages, etc. (Ibid.). La méthode d'analyse que cette tradition a favorisée est l'analyse de contenu. L'analyse de contenu se caractérise principalement par l'interprétation du contenu et vise « à comprendre et à caractériser le sens des données discursives » (Dubé, 2008, 117). De l'autre côté, le discours « n'est plus considéré comme réceptacle commode du sens à donner à des actions ou à des situations, mais devient processus social à part entière, dont précisément l'analyse—du discours—doit rendre compte » (Duchastel, 1993, 159). Cependant, comme le souligne Duchastel (1993) la pertinence de cette opposition entre analyse de contenu et analyse du discours est questionnable :

« Il n'est plus pertinent de distinguer entre analyse de contenu et analyse de discours, car il ne devrait plus y avoir d'analyse de contenu qui ignore totalement la nature langagière

du discours ni, non plus, d'analyse du discours qui ne pense la relation avec ses conditions sociohistoriques de production » (p. 159).

Plus récemment, Phillips et Hardy (2002, 20) soulevaient des remarques similaires à celles de Duchastel (1993) à savoir que les stratégies d'analyse du discours sont si diversifiées que certaines d'entre elles intègrent les éléments des deux tendances. Les stratégies d'analyse du discours peuvent se distinguer selon qu'elles mettent l'accent sur le texte ou sur le contexte (Phillips et Hardy, 2002, 19). Les paramètres de notre recherche nous amènent à nous centrer davantage sur le texte, soit au « contexte local » du texte, plutôt que sur le contexte de production du texte. Toutefois, l'analyse a pu bénéficier occasionnellement d'une prise en compte du contexte de production des décisions judiciaires, notamment lorsqu'elles avaient été rendues peu de temps avant ou après l'adoption d'une mesure législative significative pour le développement de la relation entre le SDC et les victimes. Malgré tout, nous avons considéré que le texte était plus révélateur que le contexte de production pour observer la relation entre le SDC et les victimes.

Compte tenu de cela, nous sommes d'accord avec la suggestion de Duchastel (1993, 159) à l'effet qu'il convient de faire référence à l'analyse de discours au sens large, intégrant des éléments de l'analyse de contenu et de l'analyse de discours au sens strict.

2.3.2. L'étape préparatoire

Notre univers de travail correspond aux décisions qui ne font pas partie de notre corpus empirique, mais que nous avons tout de même consultées pour contrôler nos observations empiriques au fur et à mesure que l'analyse progressait. Cet univers de travail est constitué de 331 décisions. Parallèlement à la constitution de notre univers de travail, le corpus empirique se constituait lui aussi jusqu'à saturation des données. Au terme de ce

processus, nous avons un corpus empirique de 95 décisions judiciaires que nous avons analysées systématiquement. Cependant, le point de départ de ce long processus a été celui d'entrer en contact avec le matériau de recherche par l'intermédiaire de lectures exploratoires. Au terme de ce premier contact avec l'empirie, nous avons pu établir un corpus empirique provisoire d'une trentaine de décisions judiciaires dont la pertinence devait encore être contrôlée par des lectures exploratoires.

Ces lectures exploratoires ont permis une « classification préliminaire » (Comeau, 1994, 19) visant à répondre à la question « de quoi parle-t-on ici? ». Les fonctions de cette étape sont somme toute similaires à celles identifiées à l'analyse thématique : 1) il s'agissait de repérer les thèmes pertinents pour la recherche et 2) de documenter l'importance des thèmes en indiquant s'ils se répétaient d'une décision à une autre (Paillé et Mucchielli, 2003, 124).

Cette classification n'a donc pas la prétention d'aboutir à des résultats de recherche, mais plutôt à la prise de connaissance générale du contenu des arrêts de jurisprudence susceptibles de démontrer une pertinence suffisamment forte par rapport au thème de la thèse et justifier ainsi leur rétention dans la constitution du corpus empirique. Puisque le document est un « instrument dont le chercheur n'est pas maître » (Cellard, 1997, 252), ces lectures exploratoires visaient également à nous familiariser avec la nature même des documents étudiés. Ne détenant aucune formation en droit, nous avons que très peu été mis en contact avec les décisions judiciaires avant d'entamer cette recherche. Il nous fallait apprendre à les apprivoiser. Ce premier contact avec l'empirie s'est effectué avec une logique d'exploration qui visait également à identifier les « foyers discursifs » pour l'observation de notre problème de recherche. Parmi ceux-ci: celui de « l'évaluation de la

gravité », celui de la « justification de la peine » et celui des « modalités de la peine », c'est-à-dire le moment où le tribunal détermine les conditions et les ordonnances associées à une sanction en milieu ouvert (ex. absolution conditionnelle et sursis).

Au terme de cette étape préparatoire, nous avons pu obtenir un corpus empirique stabilisé à partir duquel nous pouvions poursuivre le travail analytique. Toutefois, il faut savoir que plusieurs allers-retours ont été effectués entre la collecte de décisions judiciaires et l'analyse. Au cours de l'analyse, en vue d'atteindre une « saturation empirique » (Pires, 1997b, 157), nous n'hésitions pas à relancer les recherches pour trouver des situations qui faisaient contraste avec nos observations préliminaires ou encore à sélectionner des décisions qui avaient été citées par les décisions déjà incluses dans notre corpus.

2.3.3. L'étape de l'analyse verticale

L'étape préparatoire nous a permis d'identifier les arrêts de jurisprudence pertinents en vue de constituer notre corpus empirique et d'enchaîner avec l'étape de l'analyse. Les lectures exploratoires de l'étape préparatoire n'entamaient pas le travail d'analyse à proprement parler. C'est au travers des lectures plus attentives que le travail de codification a été conduit, notamment la lecture verticale et la lecture transversale.

Dans le cas de la lecture verticale, il s'agissait d'appliquer uniformément nos catégories d'analyse à chacune des décisions judiciaires de notre corpus empirique. Il s'agissait surtout de distinguer, parmi les décisions judiciaires retenues, les unités de signification pertinentes des autres qui sont négligeables. Nous avons produit des fiches signalétiques à l'aide du logiciel *Atlas-ti*®. Ces fiches signalétiques avaient comme objectif de regrouper les faits saillants de chacun des arrêts de jurisprudence sélectionnés. Les faits

saillants désignent, ici, les « tendances fortes » et les « anomalies » au sein des opérations du SDC. La théorie de la RPM nous indique que la tendance forte de ce système social est la survalorisation des attentes de sanction répressives (valorisation de l'exclusion sociale et/ou de l'affliction) et ce au détriment des attentes de sanction non répressives et plus positives (valorisation de l'inclusion sociale et dévalorisation de l'affliction).

Au terme de l'analyse verticale, les énoncés pertinents étaient encore étroitement associés à leur décision d'origine. Autrement dit, ils n'avaient pas encore été organisés en fonction des catégories d'analyse.

2.3.3.1. Les catégories d'analyse

Nous avons deux catégories générales qui distinguent les *observations* et les *auto-observations*. Les *observations* désignent les énoncés qui décrivent *comment le droit observe la réalité*. Dans notre cas, il s'agit des observations du SDC à l'égard des médiums « victime » et « attentes victimaires » au moment de la détermination de la peine. Les *auto-observations* désignent quant à elles les énoncés avec lesquels le SDC s'auto-observe et construit son récit identitaire, en l'occurrence à travers les théories de la peine.

2.3.3.1.1. La catégorie « victime »

Sous la catégorie générale des « observations », nous avons deux catégories pour organiser les unités de signification sélectionnées dans notre corpus empirique : la catégorie « victime » et la catégorie « attente victimaire » auxquelles sont rattachées des sous-catégories. Sous la catégorie « victime », il y a les observations sur les « victimes concrètes » et celles sur les « victimes abstraites ». Dans le cadre de notre thèse, nous avons circonscrit notre objet de recherche sur la relation entre le système judiciaire et les victimes

concrètes. Nous entendons par « victime concrète » la personne qui a subi les conséquences du crime et qui participe au procès.

2.3.3.1.2. La catégorie « input victimaire »

Sous la catégorie « input victimaire », nous pouvons distinguer les sous-catégories « attentes en matière de justice », « attentes en matière de peine » et « attentes en matière de résolution de conflits ». Parmi ces sous-catégories, les attentes peuvent être *répressives* ou *non répressives*. Les *attentes répressives en matière de justice, de sanction et de résolution de conflit* sont celles qui sont « hostiles, abstraites, négatives et atomistes », au sens de Pires (2001a, 184),¹⁰² alors que les attentes victimaires *non répressives* sont celles plus positives qui vont à l'encontre de ces valeurs belliqueuses.

Sous la catégorie générale des « auto-observations », nous pouvons réunir les catégories d'analyse inspirées de la théorie de la RPM. Nous y distinguons les catégories « rétribution », « dissuasion », « réhabilitation », « dénonciation », « neutralisation » et la catégorie « autre ».

2.3.3.1.3. La catégorie « rétribution »

La catégorie « rétribution » correspond aux énoncés qui reflètent l'idée de punir le condamné pour expier le mal commis et rétablir ainsi l'ordre de la moralité et celui de la justice. Cette catégorie peut également regrouper les énoncés qui font état de la nécessité d'une proportionnalité entre la culpabilité morale de l'accusé et la sévérité de la peine.

¹⁰² Si nécessaire, retourner à la note de bas de page 44 au page 36-37 du présent travail pour la description plus détaillée de ces valeurs.

2.3.3.1.4. La catégorie « dissuasion »

La catégorie « dissuasion » contient deux sous-catégories : la « dissuasion spécifique » et la « dissuasion générale ». La sous-catégorie « dissuasion spécifique » regroupe les unités de signification qui communiquent l'idée de neutraliser l'audace du condamné devant la possibilité de commettre un nouveau délit. Quant à la « dissuasion générale », la catégorie vise plutôt les unités de signification où apparaît l'idée de neutraliser l'audace de quiconque pourrait être tenté de commettre un délit semblable à celui du condamné, et ce par l'intermédiaire d'une menace communiquée par l'entremise de la sanction pénale de ce même condamné.

2.3.3.1.5. La catégorie « réhabilitation »

La catégorie « réhabilitation » comprend elle aussi deux sous-catégories : la « réhabilitation carcérale » et la « réhabilitation en milieu ouvert ». La première regroupe les énoncés qui communiquent l'idée d'intégrer le condamné par l'exclusion sociale de ce dernier, alors que la « réhabilitation en milieu ouvert » vise le même objectif, mais en privilégiant l'inclusion sociale.

2.3.3.1.6. La catégorie « dénonciation »

Cette catégorie regroupe les unités de signification qui avancent l'idée de punir le condamné pour envoyer un message à la société. Il ne s'agit pas d'un message de menace comme celui de la dissuasion, mais plutôt un message qui vise à informer que les valeurs qui ont été froissées par l'acte répréhensible continuent d'être défendues et valorisées par le SDC.

2.3.3.1.7. *La catégorie « neutralisation »*

La catégorie « neutralisation » regroupe les énoncés qui illustrent l'idée de mettre le condamné à l'écart pendant une période de temps déterminée afin de le neutraliser. Il s'agit de contraindre physiquement le condamné de commettre un délit et non pas de neutraliser son envie (réhabilitation) ou encore son audace (dissuasion spécifique).

2.3.3.1.8. *La catégorie « autres observations »*

Finalement, la catégorie « autres observations » regroupe les énoncés qui ne peuvent être classés parmi les catégories précédentes. Elle demeure donc ouverte, permettant ainsi de rassembler des énoncés qui nous paraissent pertinents, mais que nous ne pouvons associer à l'une ou l'autre des théories de la peine. Les regrouper sous une même catégorie nous a permis d'observer comment ces derniers se stabilisent dans la jurisprudence (entendre aussi : dans les opérations des organisations centrales du SDC).

2.3.4. L'analyse transversale

L'étape de l'analyse transversale procède par l'organisation des unités de signification par catégorie ou, en d'autres mots, à mener l'analyse sur base des unités regroupées en fonction de leur catégorie d'appartenance. Les énoncés pertinents ne sont plus, au terme de cette étape, liés à une décision judiciaire, mais bel et bien à une catégorie d'analyse, à un code (ex. victime concrète, dissuasion, autres, etc.). Cette organisation des énoncés codifiés offre au chercheur une vue d'ensemble sur la manière dont chacune des catégories se stabilise dans l'empirie. Techniquement parlant, nous pouvons obtenir cette vue d'ensemble en produisant des rapports pour chaque catégorie avec l'aide d'un logiciel. La figure 5 qui suit illustre la manière dont le matériel empirique a été organisé lors de l'analyse transversale.

Figure 5 - Principe d'organisation de l'analyse transversale

Énoncés	Sous-catégorie	Catégories	Catégories générales
Énoncé (a1.1)	Sous-catégorie 1	Catégorie 1	Catégorie générale 1
Énoncé (b1.1)			
Énoncé (a1.2)...	Sous-catégorie 2	Catégorie 2	
Énoncé (a2)			
Énoncé (b2)		Catégorie 3...	
Énoncé (c2)...			
Énoncé (a3)...			

L'analyse transversale prépare le chercheur à introduire les inférences à partir d'une vue d'ensemble. Elle nous a permis également d'identifier les idées et les contextes dans lesquels les attentes attribuées à la victime concrète font l'objet de mises en forme *innovantes* et *redondantes*.

Cette étape de l'analyse vise donc à construire des « matrices explicatives » (Comeau, 1994, 23) afin de préparer l'étape de l'introduction des inférences, qui vise à répondre aux objectifs de recherche et à la question de recherche (Mukamurera, Lacourse et Couturier, 2006, 118).

2.3.5. L'étape de l'introduction des inférences

L'introduction des inférences est une étape importante dans une recherche, car c'est le moment où le chercheur revient sur les objectifs de recherche qu'il s'était donnés et sur la question de recherche qu'il avait formulée. De manière générale, ici, nous voulions comprendre comment le SDC entrait en relation avec les victimes et leurs attentes. Cela a pu s'observer empiriquement dans les communications des organisations centrales du SDC

à partir des références aux victimes, des références à leurs déclarations, à leurs attentes et aux torts subis. Il s'agissait d'identifier l'orientation des attentes que le SDC attribue à ses formes « victimes ».

Nous pouvons dire que nous avons fait une généralisation *analytico-théorique*, c'est-à-dire une généralisation qui passe directement du niveau empirique au niveau théorique,¹⁰³ à partir de notre corpus empirique pour établir une théorie descriptive de la réception des attentes victimaires au moment de la détermination de la peine. Cette théorie nous a permis de répondre à notre question de recherche et à la corroboration ou l'infirmité de notre hypothèse de recherche.

¹⁰³ La généralisation analytico-théorique s'oppose à la généralisation empirique qui vise, dans une recherche à structure close, à généraliser l'échantillon à la population (Pires, 1997b, 118).

Chapitre 3 – La variété des inputs victimaires et leurs réceptions

L'analyse qui sera présentée dans ce chapitre est centrée sur les communications des tribunaux qui concernent le processus de détermination de la peine en lien avec les théories de la peine et les renvois implicites et explicites aux victimes d'actes criminels. Ce chapitre s'articule autour de deux objectifs de recherche distincts.

La question de recherche est celle de savoir si, et le cas échéant comment, les références aux victimes, à leurs torts et à leurs inputs influencent le choix de la sanction lors de la détermination de la peine. De cette question principale découlent les sous-questions suivantes :

- La première sous-question concerne les formes de l'input victimaire : sous quelles formes apparaissent les attentes des victimes, la reconnaissance des torts subis et de leur dignité humaine dans la jurisprudence canadienne?
- La deuxième sous-question concerne le rôle de cet input dans la détermination de la peine : quel poids le système judiciaire accorde-t-il à l'input victimaire dans le choix de la sanction?

Une fois que nous aurons identifié les divers *inputs* victimaires et que nous aurons décrit comment ces derniers sont accueillis par le système judiciaire au moment de déterminer la peine, nous conclurons l'analyse à l'aide d'un chapitre de discussion dont l'objectif sera moins de trouver des réponses définitives à notre question de recherche que de soulever des pistes d'interprétations possibles, dont celle de l'émergence d'une théorie de la reconnaissance victimaire dans le judiciaire.

3.1. La variété des attentes victimaires et leur complexité

À partir de leurs déclarations, les victimes peuvent introduire certaines informations dans le processus de détermination de la peine. Nous en avons empiriquement distingué deux types. Dans un premier type, les victimes sont amenées à décrire les conséquences que le crime a eues sur elles. Dans un second type, les victimes communiquent leurs attentes en matière de justice, de peine et de résolution de conflit.

Dans les développements qui suivent, nous allons présenter les attentes que les victimes ont elles-mêmes communiquées à l'occasion de la soumission de leur déclaration de la victime. Nous n'avons pas la prétention de présenter un portrait exhaustif des attentes des victimes d'actes criminels et ce pour au moins deux raisons : d'abord, les victimes d'actes criminels ne font pas partie, *en elles-mêmes*, de notre objet de recherche. Notre objet renvoie plutôt aux *représentations* que le système judiciaire se fait *pour lui-même* des victimes d'actes criminels. Ensuite, à l'intérieur du discours judiciaire, nous n'avons pas la prétention d'avoir « épuisé » la diversité des attentes victimaires. Malgré cela, la variété des attentes victimaires que nous avons pu cerner nous a permis de procéder à l'analyse de leur réception et d'atteindre les objectifs de recherche que nous nous étions fixés. En ce sens, nous considérons que ce manque d'exhaustivité ne porte pas atteinte à la bonne conduite de notre recherche.

Parmi les attentes que les victimes ont communiquées dans le cadre de la détermination de la peine, nous avons cerné : les attentes victimaires à l'égard de la peine (3.1.1.); les attentes de quiétude et/ou de protection (3.1.2.); les attentes de dédommagement (3.1.3.); les attentes de *closure* ou thérapeutiques (3.1.4.).

3.1.1. Les attentes victimaires à l'égard de la peine

Dans *Gabriel*, la Cour supérieure de l'Ontario soulignait que les tribunaux canadiens avaient « créé » ou du moins avaient reconnu des exceptions aux conditions d'admissibilité des *déclarations des victimes qui portaient directement sur la peine et/ou sur l'accusé*. En temps normal, les déclarations de ce genre sont à proscrire, non pas tellement en vertu de l'article 722 du *Code criminel* en tant que tel, mais plutôt en vertu de son interprétation par les tribunaux¹⁰⁴. Toutefois, dans *R. c. Gabriel*, le juge considère que certaines circonstances exceptionnelles pourraient justifier l'admissibilité des recommandations victimaires sur les peines. Il précise:

« Recommendations as to penalty must be avoided, absent exceptional circumstances, i.e. a court-authorized request, an aboriginal sentencing circle, or as an aspect of a prosecutorial submission that the victim seeks leniency for the offender which might not otherwise reasonably be expected in the circumstances [...]. » (*R. v. Gabriel*, 1999 O.J. 2579, par. 33; notre souligné).

À titre de circonstances exceptionnelles, la cour de l'Ontario identifie les requêtes autorisées par le tribunal, ce qui témoigne du pouvoir discrétionnaire dont bénéficient les acteurs judiciaires. Lorsque les deux parties se mettent d'accord, la victime peut, dans sa déclaration, se prononcer sur la peine et/ou s'adresser à l'accusé.

¹⁰⁴ L'article 722 du *Code criminel* actuellement en vigueur indique au paragraphe 8 que « Lorsqu'il prend en considération la déclaration, le tribunal tient compte de toute partie qu'il estime pertinente pour la détermination ou la décision prévue au paragraphe (1) et fait abstraction de toute autre partie. » (Art. 722 (8), *C. cr.*). Même si cette précision n'était pas présente au moment où la décision *Gabriel* a été rendue, l'ancienne version dudit article précisait que « le tribunal prend en considération la déclaration de la victime, *rédigée en conformité avec le paragraphe (2), sur les dommages — corporels ou autres — ou les pertes causées à celle-ci par la perpétration de l'infraction.* » (Art. 722(1), *C. cr.*). Alors, l'article 722 en lui-même n'explicitait pas l'interdiction d'utiliser la déclaration de la victime pour faire des recommandations sur la peine ou pour faire des commentaires sur l'accusé.

L'autre exception sous laquelle la victime peut faire un commentaire sur l'accusé et/ou une recommandation sur la peine est lorsque la victime fait preuve de clémence. Considérant que les infractions criminelles qui se rendent devant les tribunaux impliquent souvent¹⁰⁵ des personnes qui se connaissent ou entretiennent même des rapports familiaux, conjugaux ou d'amitié, certaines victimes souhaitent que le tribunal fasse preuve de clémence à l'égard de l'accusé.

Une troisième exception est évoquée, mais celle-ci, contrairement aux deux premières, sort du cadre d'observation de notre recherche. Elle concerne les cercles de détermination de la peine dans lesquels l'accusé, la victime, leur famille ainsi que certaines personnes œuvrant dans le système de justice criminelle¹⁰⁶ peuvent faire des recommandations sur la peine des délinquants autochtones (Roach, 1999, 265; Jaccoud, 2006; Jaccoud, 1999). Ces cercles de détermination de la peine sont fondés sur un autre système de pensée que la RPM. Ils sont fondés sur le système de pensée de la justice restauratrice. Toutefois, cela ne veut pas dire que les idées de la RPM ne contaminent pas les idées alternatives de la justice restauratrice (Jaccoud, 2007, 8). À titre d'exemple, Roach (1999, 265) rapporte les propos d'une agente de libération conditionnelle métisse ayant pris part à l'un de ces cercles de détermination de la peine dans lequel elle avait recommandé une peine d'emprisonnement de 18 mois. La recommandation de l'agente de libération conditionnelle a été renversée par la cour sous prétexte qu'elle était trop clémente (Ibid.).

¹⁰⁵ À titre indicatif, la Commission de la réforme du droit du Canada (CRDC, 1974) indiquait dans un rapport que, parmi les infractions criminelles rapportées, les crimes impliquant de la violence étaient commis dans un contexte familial dans 60% des cas et entre des personnes qui se connaissaient dans 80% des cas.

¹⁰⁶ Par « système de justice criminelle », nous regroupons toutes les organisations œuvrant dans la justice criminelle, des corps policiers aux organismes communautaires en passant par les tribunaux et les établissements carcéraux. Nous lui attribuons un sens beaucoup plus large que la notion de « système de droit criminel » qui n'inclut que les organisations juridiques.

Dans *Gabriel*, la cour du territoire du Yukon a reformulé les propos tenus par la Cour de justice de l'Ontario en ne tenant compte que des exceptions qui s'appliquent au droit criminel (par opposition à la justice restauratrice) : « [...] *Victims have also been allowed to comment about the offender and the sentence when both counsel agree [...] and, curiously, when victims are supportive of the offender [...]* » (*R. v. Bullen*, 2001 YKTC 504, par. 35). En ce qui nous concerne, ce sont surtout ces deux exceptions qui sont pertinentes du point de vue de notre projet de recherche, car elles indiquent la présence d'une certaine culture judiciaire qui, certes considère la société ou l'État comme la *principale partie lésée*, mais le fait tout en reconnaissant aussi la victime comme une partie lésée de plus en plus importante et ayant droit de parole dans la procédure judiciaire. L'extrait précédent suggère hypothétiquement que les tribunaux auraient institutionnalisé une forme de reconnaissance qui se manifesterait *par un souci de tenir compte de certaines attentes des victimes dans certaines circonstances exceptionnelles*.

Dans les sous-sections suivantes, nous allons présenter les attentes des victimes qui se prononcent sur la peine. Ces attentes peuvent valoriser autant la clémence que la répression.

3.1.1.1. Les attentes de clémence, de modération et de pardon

Nous croyons qu'il est important de souligner d'entrée de jeu que la seule façon par laquelle les attentes de clémence, de modération et de pardon ont pu se manifester dans notre empirie était par la participation « impliquée »—par opposition à une participation « non impliquée¹⁰⁷ »—d'une victime concrète. Par « participation impliquée » (Labonté,

¹⁰⁷ Nous nous inspirons librement du concept de « participation non-impliquée » suggéré par Luhmann (2001, 119-120) qui l'utilise pour conceptualiser la considération du public dans les procédures judiciaires. Par

2017a), nous désignons aussi bien une présence physique accompagnée d'une déclaration écrite ou orale au moment des audiences sur la détermination de la peine que la simple soumission d'une déclaration ou d'une lettre adressée au tribunal sans qu'une présence physique ne soit nécessaire. Parfois, les tribunaux reprenaient les propos des victimes à partir de leurs déclarations écrites, alors qu'à d'autres occasions, celles-ci témoignaient oralement en situation de face à face lors de la tenue de l'audience sur la détermination de la peine. Dit autrement, selon nos observations, les attentes de clémence naissent de la subjectivité des victimes concrètes; les tribunaux n'envisagent pas *a priori* que les victimes puissent entretenir un tel souhait de clémence et par conséquent, ils n'attribuent pas cette attente aux victimes abstraites. Du point de vue des tribunaux, dans l'abstrait, dans l'anonymat, les victimes sont punitives.

Cette observation suggère d'abord que les tribunaux éprouvent beaucoup de difficultés à se représenter la victime comme étant non punitive. Elle suggère en outre que la victime non punitive ne devient visible aux « yeux » de la justice pénale que lorsqu'elle « irrite » (au sens de Luhmann) le système par sa « participation impliquée ». Malgré les conséquences et les souffrances qu'elles ont subies, ces victimes pardonnent à l'accusé ou demandent aux tribunaux de faire preuve de clémence ou de modération à son égard. Sur le plan personnel, il y a bien des motifs qui peuvent justifier cette prise de position (croyances personnelles ou religieuses, valeurs, liens sociaux avec l'accusé, etc.). Dans l'affaire *Dufour*, un père a perdu son fils dans un « accident » de voiture où ce dernier a été

participation non impliquée, Luhmann voulait attirer l'attention sur la manière dont les tribunaux faisaient intervenir le « public » sans qu'aucun de ses membres ne participent réellement, en personne, aux procédures judiciaires.

éjecté à la suite d'une manœuvre d'évitement. Le conducteur du véhicule, ami d'enfance de la victime, était considéré comme un fils pour le père en deuil :

« Une déclaration de victime est déposée afin de répondre aux exigences de l'article 722 du Code criminel; le père de la victime souligne dans cette déclaration : *je comprends qu'il y ait un processus judiciaire, mais je n'en veux pas à Michaël. Je ne suis pas dans un sentiment de haine, mais je vis de l'empathie et de la compréhension et de bien-être malgré ma tristesse et la perte de mon fils unique.* D'ailleurs, le père de la victime [...] a bien exprimé, lors de son témoignage, ce qu'il vit en lien avec le décès de son fils. *Il voulait être entendu pour exprimer qu'il s'agit d'un malheureux accident.* Il dit : "j'ai perdu un fils, il ne m'en reste un et il s'agit de l'accusé." » (R. c. Dufour, 2015 J.Q. 6385, par. 50-52; notre souligné).

Dans le cas du père de la victime, nous pouvons avancer, à la lumière de cet énoncé, que le motif qui l'amène à adopter une posture non punitive, c'est le désir de ne pas voir le jeune accusé, celui qu'il considère désormais comme son seul « fils », perdre sa capacité de se réaliser dans l'avenir ou encore de perdre le lien avec ce dernier; lien qui serait de fait compromis par l'incarcération.

Dans l'affaire *J.W.*, un cas d'attouchements sexuels d'un tuteur à l'endroit de la fille de sa conjointe, la victime adopte une attitude non punitive envers l'accusé qu'elle considère comme son père. Ses convictions religieuses semblent aussi avoir inspiré sa posture miséricordieuse :

« *Perhaps, the most powerful and poignant letter submitted, is the one written by [the victim] herself. It combines the childlike qualities of a 16-year-old with the insights, faith and forgiveness of someone well beyond her years. It is evident that the bond between [the victim] and [the accused] is a powerful one - she describes him as her true father in all respects. [...] She is aware that what he did was wrong, that it changed her and her family completely and that they all suffered consequences because of it. She is also clear, however, that she and her family have become closer with God, that she forgives [the accused] for everything that happened, that she loves him and needs him back as her dad again* » (R. v. *J.W.*, 2016 O.J. 5178, par. 20-21; notre souligné).

Il y a sans doute bien d'autres motifs qui amènent ainsi les victimes ou les proches des victimes à adopter une posture non punitive. Les attentes des victimes sont souvent plus complexes que nous sommes habitués à le penser. Toutes les victimes ne demandent pas à ce que le contrevenant soit puni sévèrement. Si à première vue cela peut sembler étrange, il suffit de penser que la plupart des infractions criminelles ne surviennent pas dans des contextes vides. Au contraire, dans bien des cas, rappelons-le, les accusés et les victimes se connaissent, ont tissé des liens, ils ont une histoire commune. Dans ce contexte, le fait qu'une victime adopte une attitude non punitive à l'endroit de l'accusé n'apparaît plus comme étrange ou insolite. Toutefois, cela n'empêche pas la possibilité d'observer d'autres victimes qui, elles, adoptent une attitude punitive.

Tournons-nous maintenant vers les victimes qui entretiennent des attentes punitives ou répressives.

3.1.1.2. Les attentes punitives ou répressives

Il arrive que les victimes demandent des peines sévères à l'égard de l'accusé. Nous allons présenter ces cas et porter une attention toute particulière aux idées mobilisées par ces victimes pour fonder leurs attentes punitives.

Nous avons sélectionné deux décisions pour illustrer les attentes punitives formulées par les victimes. La première est la décision *Chav* et, en ce qui concerne la deuxième décision, nous allons revenir sur l'affaire *Gabriel* et nous intéresser à certaines déclarations plus punitives des victimes.

Dans l'affaire *Chav*, nous avons affaire à un cas d'homicide involontaire coupable où Mariny Chav, une femme d'origine cambodgienne, en couple avec Stéphane Grégoire, a contribué à la mort de la mère de son conjoint, soit de sa propre belle-mère. Les victimes

concrètes dans ce dossier, outre la personne décédée, sont le mari de la défunte, leur fils, Stéphane Grégoire, et les enfants issus de l'union de ce dernier avec Mme Chav.

Pour des raisons qui nous sont inconnues, la relation entre Mme Chav et sa belle-mère était tendue. Les événements à l'origine de l'affaire *Chav* se sont déroulés au domicile de la victime (belle-mère de Mme Chav) suivant une discussion privée entre cette dernière et l'accusée. Dans cette discussion, la belle-mère expliquait à l'accusée qu'elle ne la trouvait « pas assez bonne pour son fils » et qu'elle « trouvera un moyen pour les séparer, pour nuire à leur relation, pour que ça ne marche pas dans leur couple et pour que l'accusée perde ses enfants ». Suivant ces propos de la part de la belle-mère de Mme Chav, la situation tourne mal et selon la version des faits de l'accusée¹⁰⁸, la belle-mère serait tombée en bas des escaliers. L'accusée, infirmière de formation, tente de lui porter secours, mais sa belle-mère lui assène alors des coups à la tête. L'accusée rétorque par des coups, l'étrangle et quitte ensuite les lieux en la laissant pour morte après avoir éliminé les traces de son passage. C'est le mari de la victime qui fera la découverte de son corps inerte. Au terme de l'enquête policière qui a duré près de deux ans, le conjoint de l'accusée finit par apprendre que le responsable de la mort de sa mère était en fait sa conjointe, Mme *Chav*. Durant les procédures judiciaires, le conjoint de Mme *Chav* (et fils de la victime) de même que son père (mari de la victime) se montrent rancuniers et aux yeux du tribunal paraissent même s'acharner « contre l'accusée »:

« La défense soutient que la médiatisation de l'affaire par [...] l'ex-conjoint de l'accusée qui a fourni une longue entrevue au Journal de Montréal et au canal LCN en fournissant une photo de l'accusée, devrait entraîner une mitigation de la peine que doit imposer le tribunal. La cour d'appel du Québec a pourtant décidé que la publicité qui entoure une accusation criminelle ne constitue pas un facteur atténuant, car la justice doit être la même pour tous. *Mais ici cette médiatisation s'inscrit dans un climat de vindicte de la part de la famille de la victime contre l'accusée.* Monsieur Stéphane Grégoire a fourni la photo

¹⁰⁸ D'après les déclarations que Mme Chav aurait faites aux policiers lors d'un test polygraphique.

de l'accusée qui a paru dans l'édition du 26 avril 2011 du Journal de Montréal "pour que son visage soit connu des gens". [...] *Quelques semaines plus tard, ils faisaient saisir avant jugement le bloc-appartements de l'accusée, ce pourquoi monsieur Stéphane Grégoire s'est dit "très fier". La nouvelle conjointe de monsieur Stéphane Grégoire laissait le 8 septembre 2010 un message anonyme au Relais familial d'Auteuil pour les informer que madame Chav était accusée de meurtre et de s'abstenir d'envoyer "une lettre à son avocate disant que c'est une bonne mère et ci et ça [...]"*. Ces faits qui dénotent un certain acharnement contre l'accusée constituent un facteur de mitigation de la peine. » (R. c. Chav, 2011 QCCQ 10468, par. 49-51; notre souligné).

Dans cet extrait, les proches de la victime décédée entreprennent une *vendetta* contre l'accusée, c'est-à-dire un acte de vengeance privée. Selon cet extrait, rien ne nous dit si les proches de la victime demandent au tribunal de punir sévèrement l'accusée, ce qui demeure différent du cas en l'espèce. À la lumière de cet extrait, nous pouvons seulement conclure que le conjoint et le fils de la victime ont entrepris leur propre vengeance; ils font circuler une photo de l'accusée dans les médias et leur accordent des entrevues; ils entament une poursuite contre l'accusée et font saisir son bien immobilier en recourant au droit civil. Précisons que ce type de vengeance privée ne cadre pas parmi les attentes punitives ou répressives que nous traitons dans la présente section puisqu'elle se situe complètement à l'extérieur du droit criminel. Il nous fallait soit abandonner l'affaire *Chav* ou chercher ailleurs en espérant pouvoir trouver des traces des attentes des proches de la victime pour cette affaire.

Cet « ailleurs » c'est avéré être les sources médiatiques¹⁰⁹. À l'ère du numérique, les publications journalistiques demeurent disponibles en ligne même si plusieurs années se

¹⁰⁹ Nous sommes conscients qu'en mobilisant les sources médiatiques par rapport à cette affaire, nous effectuons une « entorse » méthodologique en passant du matériau juridique au matériau médiatique. Toutefois, cette entorse méthodologique se justifie en l'espèce pour au moins deux raisons. D'abord, il faut considérer que les attentes victimaires à l'égard de la peine allant dans le sens de la répression (voir de la vengeance) sont généralement censurées dans le matériau juridique. Sauf exceptions, ces attentes sont alors difficilement observables. Ensuite, deuxième raison, dans l'affaire *Chav*, le tribunal faisait lui-même référence à « l'acharnement contre l'accusée » mené par les proches de la victime décédée dans la sphère médiatique. Par conséquent, nous n'avons pas eu l'impression de « tordre la réalité » au point de parasiter le point de vue du tribunal en consultant les sources médiatiques auxquelles le tribunal faisait lui-même référence et dont il avait vraisemblablement pris connaissance.

sont écoulées depuis leur publication originale. Si dans la décision, nous n'avons pas accès aux attentes des victimes en matière de la peine, la médiation de l'affaire nous a permis de les cerner dans les articles journalistiques. Ainsi, le Journal de Montréal rapportait que, au cours des audiences de détermination de la peine, le conjoint de la victime avait affirmé que : « Jamais [il] ne pourrai[t] oublier ce qui s'est passé et le mal que ça [leur] a fait » et le journal précise qu'il a demandé « une sentence juste et exemplaire.¹¹⁰» À la suite du prononcé de la sentence, les proches de la victime se sont également fait entendre à l'égard de la décision rendue par le juge :

« 57 mois ce n'est pas assez, ce n'est pas une question de vengeance, il n'y aura aucune sentence qui va me satisfaire pour ma mère, mais je m'attendais plus à sept ou huit ans fermes et de ne pas tenir compte des sept mois et demi passés en détention préventive.¹¹¹»
(Fils de la victime).

Ce qui nous intéresse à partir de cet extrait, c'est plutôt le raisonnement sous-jacent à ce type de déclaration. En nous situant dans une perspective conséquentialiste, nous pourrions avancer l'hypothèse que le fils de la victime chercherait, en souhaitant que le juge ordonne une peine lourde, à atteindre un but. Il a désavoué la vengeance comme finalité de son souhait, alors nous pouvons envisager qu'il s'appuie sur autre chose, mais quoi? Lorsqu'il affirme « ce n'est pas une question de vengeance, *il n'y aura aucune sentence qui va me satisfaire pour ma mère*, mais je m'attendais plus à sept ou huit ans fermes », nous pourrions y voir une question de reconnaissance, en outre, la reconnaissance

¹¹⁰ YELLE, Josiane (2011), « Procès de Mariny Chav : L'accusée est sans remords », *Le Journal de Montréal*, [en ligne]. [<http://www.journaldemontreal.com/2011/06/10/laccusee-est-sans-remords>] (Consulté le 20 novembre 2017).

¹¹¹ PARENT, Dave (2011). « Mariny Chav condamnée a six ans de prison », *Canoë*, [en ligne]. [<http://fr.canoë.ca/infos/societe/archives/2011/07/20110715-121352.html>] (Consulté le 20 novembre 2017).

de la dignité de la victime, de la dignité de sa mère. Sous cette rationalité apparaîtrait alors une finalité de reconnaissance.

Dans une perspective plus pragmatique, nous pourrions envisager que, par le souhait d'une sanction sévère, la victime chercherait simplement à bien entrer dans son rôle de « proche de victime ». Nous pourrions également penser que le motif de son souhait de voir l'accusée punie sévèrement ne soit pas encore tout à fait clair pour lui-même. Nous savons que les actes criminels peuvent nous faire passer par une variété d'émotions allant de la tristesse à la colère et que ces émotions peuvent évoluer avec le temps. Considérant cela, le souhait d'une lourde peine pour l'accusée apparaît comme un projet personnel ou encore comme un moment « *t* » dans son expérience subjective.

Dans les médias, nous sommes également parvenus à cerner les attentes du conjoint de la victime décédée qui, à l'instar, de son fils aurait souhaité que l'accusé reçoive une peine plus lourde¹¹². Observons sa réaction dans l'énoncé qui suit :

« Elle n'a pas été tuée, elle a été martyrisée. Des lacérations au visage, à la tête, un œil au beurre noir, le crâne fendu. Il n'y a eu aucune mention de ça (dans le jugement) pourtant je trouve que c'est pesant dans le dossier.¹¹³» (Conjoint de la victime décédée).

Les propos du conjoint de la victime sont intéressants, car ils dépeignent une double attente. L'attente la plus visible est sans aucun doute, à l'instar de son fils, l'attente d'une peine plus lourde, mais qui dissimulerait, au-delà de cette attente de peine sévère, *une*

¹¹² Dans un autre média, il était rapporté que « le père et le mari de la victime sont à la fois déçus et fâchés de la sentence et espère que la Couronne, qui réclamait 12 ans de pénitencier, interjettera appel ». Voir lien suivant : TVA NOUVELLES (2011), « Mariny Chav condamnée à six ans de prison », *TVA Nouvelles*, [en ligne]. [<http://www.tvanouvelles.ca/2011/07/15/mariny-chav-condamnee-a-six-ans-de-prison>] (Consulté le 20 novembre 2017).

¹¹³ PARENT, Dave (2011). « Mariny Chav condamnée à six ans de prison », *Canoë*, [en ligne]. [<http://fr.canoë.ca/infos/societe/archives/2011/07/20110715-121352.html>] (Consulté le 20 novembre 2017); Précisons que c'est le conjoint de la victime qui a fait la découverte du corps de sa femme et qui a dès lors pu constater l'état des blessures.

attente de reconnaissance des torts subis par sa femme. Dans la première attente, le conjoint de la victime s'attendait à ce que la gravité des blessures augmente la sévérité de la peine. Dans la deuxième attente, celle de *reconnaissance*, le conjoint de la victime déplore le fait que le tribunal n'ait pas reconnu la gravité des blessures que sa femme a subies. En considérant les propos du mari de la victime de manière globale, nous pouvons avancer que cette reconnaissance des torts peut être communiquée par *la mention de ces torts lors de l'audience de la détermination de la peine*, mais aussi à travers *la sévérité de la peine*. Plus la peine est sévère, plus la reconnaissance serait forte.

Passons maintenant à la décision *Gabriel* portant sur un cas de conduite avec les facultés affaiblies ayant causé la mort. L'accusé a plaidé coupable à la charge de négligence criminelle ayant causé la mort, car à l'époque de la décision il n'y avait pas encore d'infraction de conduite avec facultés affaiblies. Toutefois, dans cette décision, la question de droit à trancher n'est pas celle de la peine que devrait recevoir l'accusé, mais plutôt les déclarations des victimes et surtout leur contenu. Nous pouvons dire que cette question s'est imposée d'elle-même, car plus d'une trentaine de déclarations de la victime ont été soumises au tribunal. Plusieurs d'entre elles contenaient des commentaires sur l'accusé et/ou des recommandations sur la peine. Pour illustrer l'ampleur du problème, le juge cite quelques passages tirés de certaines déclarations soumises au tribunal. Ces extraits ont été pour nous une occasion inopinée pour observer les attentes punitives des victimes, car les tribunaux tendent généralement à censurer ces attentes punitives en ne les citant pas. Si, dans *Gabriel*, le juge de la Cour supérieure de l'Ontario cite ces extraits dont il ne doit pas tenir compte, c'était pour illustrer le problème devant lequel il se trouvait et justifier pourquoi il devait interdire de nombreuses déclarations qui avaient été soumises au tribunal

concernant cette affaire. Aux fins de notre analyse, nous nous sommes limités à la sélection de quatre énoncés provenant de victimes différentes:

« *[The accused] made choices on the night of July 1st that have serious consequences. His mockery of the law resulted in [the victim's] death.* We have a judicial system in place in Canada that states there are now consequences that he must pay for disobeying the law and taking someone's life. *I expect that system to work as the court determines Raymond's consequence.* He has taken every future choice that should have existed for [the victim] and me and the rest of her family and friends as far as our relationship with her. » (R. v. Gabriel, 1999 O.J. 2579, par. 10; notre souligné).

« I will miss her dearly and love her very much. With this case of the drunk driving, I think that murder is murder. This man did something that killed another. *He should be punished as others are punished for shooting or stabbing somebody.* Hopefully this man will be punished according to this devastating crime. » (R. v. Gabriel, 1999 O.J. 2579, par. 10; notre souligné).

« I trust that you will show Raymond Gabriel the same regard that he showed for our dear Samantha. » (R. v. Gabriel, 1999 O.J. 2579, par. 10).

« I am distressed that in spite of a huge publicity campaign against drinking & driving that there are still criminals that ignore these laws. To be so intoxicated and consciously decide to drive a motor vehicle is the same as pointing a loaded gun at a crowd and firing. *I would request that a maximum sentence be imposed to help deter others from considering such actions.* I do not feel safe on the roads with drivers like this on the road. » (R. v. Gabriel, 1999 O.J. 2579, par. 10; notre souligné).

Ce qui ressort de ces énoncés, c'est une représentation particulière de la justice que les victimes mobilisent pour fonder leur attente à l'égard de la peine. Lorsque les victimes se tournent vers le passé, elles se tournent soit vers l'infraction et plus particulièrement vers la responsabilité criminelle du contrevenant à l'égard de la conséquence funeste, soit vers la punition qu'il devrait recevoir. La première phrase du premier énoncé représente bien cette centration sur la conséquence de la mort de la victime : « *[The accused] made choices on the night of July 1st that have serious consequences. His mockery of the law resulted in [the victim's] death.* » Par ailleurs, la dernière phrase du deuxième énoncé illustre bien, quant à elle, cette injonction de punition: « *Hopefully this man will be punished according to this devastating crime* ». Nous pouvons dire, en ce qui concerne les

trois premiers énoncés, qu'ils se fondent sur une injonction de rétribution: « puisqu'un crime a été commis, celui-ci doit être puni. Comme ce crime est grave, il doit être puni sévèrement. » Le troisième énoncé est en fait un calque du vieil adage « œil pour œil, dent pour dent », car, dans cet énoncé, la victime invite le tribunal à traiter l'accusé de la même façon que l'accusé a traité sa victime. Ici, c'est le rapport de proportionnalité qui attire notre attention, car il rappelle le rapport de proportion miroir du rétributivisme kantien¹¹⁴.

En ce qui concerne le quatrième énoncé, celui-ci n'est pas fondé sur le rétributivisme, mais plutôt sur la dissuasion. Dans ce dernier énoncé, la victime demande au tribunal de punir sévèrement l'accusé pour décourager ceux qui envisageraient de conduire en état d'ébriété.

Nous pouvons constater que les victimes punitives se fondent en fait sur des théories de la peine bien connues des tribunaux. En effet, rétribution et dissuasion font partie du vocabulaire des cours de justice qui appliquent le droit criminel au Canada. En sachant que ces énoncés ont été cités par le juge de la Cour de l'Ontario comme étant des exemples d'énoncés devant être censurés, cela nous amène à observer un apparent paradoxe : les tribunaux refusent de prendre en considération les attentes des victimes qui se fondent pourtant sur des idées et des principes de justice qu'ils valorisent: comment expliquer cela? Nous avançons l'hypothèse voulant que ce ne soient pas les attentes en tant que telles qui posent un problème, mais bien le fait qu'elles soient exprimées par les victimes ou les familles des victimes qui sont observées par le système judiciaire comme des individus privés (Labonté, 2017a; Kennedy, 2018). Autrement dit, selon cette hypothèse, les attentes

¹¹⁴ Au besoin, revoir la section 1.2.2.3.1 du premier chapitre qui traite de la théorie de la rétribution.

punitives des victimes seraient compatibles avec le portrait essentiellement punitif du droit criminel, mais elles ne le seraient pas avec son identité de système public.

Selon cette idée, l'obstacle à la réception des attentes victimaires punitives serait peut-être moins la « rationalité pénale moderne » qu'une certaine théorie de la division des pouvoirs. Du point de vue de notre problématique de recherche, cette idée nous amène à considérer que l'autoportrait du SDC ne se limite pas à une dimension punitive, mais aussi à un système qui, dans une société démocratique, fait partie de l'État, institution publique par excellence. Autrement dit, le droit criminel s'autodécrit comme un système public essentiellement punitif qui observe le conflit comme en étant un qui oppose l'État, la société ou son représentant à l'accusé. Dans une telle perspective du conflit, le fondement de la punition ne peut donc pas être placé dans les considérations victimaires subjectives ou privées.

À la lumière de cet autoportrait répressif et public, les victimes d'actes criminels sont perçues comme des individus privés, par opposition à un public ou la société (Kennedy, 2018, 4-5) et il en va de même pour leurs intérêts (Labonté, 2017a, 374). Selon Kennedy (2018), qui reflète le point de vue que nous avons émis ailleurs (Labonté, 2017a), le fait de concevoir la victime ou ses intérêts comme relevant du domaine privé plutôt que du domaine public joue un rôle déterminant dans le degré d'inclusion des victimes dans les procédures judiciaires. Nous avons établi ailleurs, comme Kennedy (2018), une description alternative de la relation entre le droit criminel moderne et les victimes d'actes criminels. Cependant, contrairement à Kennedy (2018), qui en proposant de considérer la victime comme un citoyen problématise l'environnement du système plutôt que le système lui-même, nous avons proposé une description alternative du droit criminel que Pires (2001b)

avait présenté, en s'inspirant de Baratta, comme étant plus « citoyen » que guerrier. Dans ce droit criminel alternatif du « citoyen », qui n'existe à l'heure actuelle que sous la forme d'une possibilité non actualisée, la relation entre le droit criminel et les victimes d'actes criminels pourrait prendre d'autres formes plus inclusives.

Cela dit, il faut faire preuve de prudence et ne pas écarter la possibilité que la « rationalité pénale moderne » puisse agir comme un obstacle à la réception de ces attentes punitives, notamment à partir du principe de proportionnalité qui, comme nous l'avons indiqué à la section 1.2.2.3 du chapitre 1, a été réapproprié par chacune des théories de la peine. Pour l'instant, la manière dont les tribunaux vont réagir aux inputs des victimes concernant la peine demeure une question ouverte qui sera traitée au point 3.3 du présent chapitre.

Passons maintenant aux attentes de quiétude et/ou de protection

3.1.2. L'attente de quiétude et/ou de protection

La quiétude et la protection se présente comme les deux composantes d'un même problème de sécurité. Nous pouvons dire que la victime qui entretient une *attente de quiétude* n'est pas une victime qui se sent nécessairement en danger ou qui craint pour son intégrité physique. Elle ne se représente pas l'accusé comme une menace, mais plutôt comme quelqu'un qui perturbe sa tranquillité ou encore comme une personne qui nuit à cette tranquillité. Dans cette perspective, la victime s'attend à ce que l'intervention du système judiciaire puisse pallier ces perturbations. Ce qui caractérise l'attente de protection, et ce qui la distingue de l'attente de quiétude, est qu'elle se fonde sur un

sentiment de menace à l'endroit de l'intégrité physique de la victime ou de celle de ses proches ou les deux.

La décision *Blondin* rendue en 1995 par la Cour du Québec illustre bien cette attente de quiétude, mais qui, comme nous le verrons, n'est pas présentée comme telle ni par la victime ni par l'auteur du rapport présentenciel. Dans cette affaire, il s'agit d'un accusé qui selon les rapports de l'agente de probation¹¹⁵ et du psychologue souffrait vraisemblablement d'un problème d'ordre psychologique associé à une forme de paranoïa connue sous le nom d'érotomanie. Ce trouble paranoïaque se présente chez l'accusé en une certitude pathologique d'être aimé par la victime et par la conviction de vivre une « histoire d'amour partagée ». En d'autres termes, la victime est perçue par l'accusé comme un « fantasme idéalisé » pour reprendre l'expression du psychologue. Dans cette affaire, la victime est désabusée par le comportement obsessionnel de l'accusé qui perdure depuis 1978. Malgré les refus de la victime qui se sont accumulés, malgré le fait d'avoir été condamné dans le passé à une sanction d'emprisonnement d'une semaine, à une ordonnance de probation incluant la condition de ne pas communiquer avec la victime et à une amende, l'accusé continue d'entrer en contact avec la victime et le fait par téléphone ou alors en se rendant à son lieu de travail. Dans cette affaire, l'accusé transgresse la condition lui interdisant toute forme de contact avec la victime en lui faisant parvenir une carte de vœux d'anniversaire.

¹¹⁵ À noter que deux rapports présentenciels ont été soumis dans ce dossier par une même agente de probation, soit Mme Gougeon. Le premier rapport avait été rédigé en 1991 à l'occasion d'un bris de probation antérieure. Il a été annexé au dossier en l'espèce, avec l'accord de l'accusé, puisque le rapport était « toujours d'actualité » et que « la victime est la même et la problématique demeure entière » (*R. c. Blondin*, 1995 J.Q. 2786, par. 5). Le deuxième rapport a été rédigé à l'occasion de la récidive de l'accusé qui fait l'objet de la décision qui nous occupe.

À partir du rapport présentiel complémentaire de Mme Gougeon, on peut alors observer un changement dans l'attente de la victime. L'agente de probation se trouve dans une position où elle peut comparer ce qu'elle avait écrit quelques années auparavant à propos du même accusé et de la même victime. Au cours des années passées, le souci de la victime se rapprochait davantage d'une quête de quiétude ou de tranquillité d'esprit comme le suggère l'énoncé suivant :

« La victime [...] exprime la même exaspération face au comportement de monsieur Blondin à son égard, comportement qui perdure depuis 1978. [La victime] n'a jamais répondu aux avances de monsieur Blondin et a tout fait pour le décourager. L'accusé demeure toujours persuadé que madame Richer entretient des sentiments réciproques à son égard malgré les multiples rebuffades dont il a été l'objet. » (R. c. Blondin, 1995 J.Q. 2786, par. 6; notre souligné)

Si dans les années passées, le comportement de l'accusé avait pu agacer, irriter, voire déranger la victime, cette dernière semble maintenant tenir un discours fondé sur la protection : elle se sent « toujours menacée par le harcèlement de l'accusé » et « peu protégée par l'appareil judiciaire » (R. c. Blondin, 1995 J.Q. 2786, par. 25). Par ailleurs, au paragraphe 9 de la décision *Blondin*, il est possible d'observer¹¹⁶ la nouvelle forme que donne la victime à ses attentes par rapport à l'intervention du droit criminel :

« ... Cependant, nous demeurons nuancés sur l'opinion émise ou émanant de [la victime] [...] que : "Même s'il n'a jamais manifesté d'agressivité à son égard, elle craint un passage à l'acte. Elle croit qu'une sentence d'emprisonnement serait de nature à freiner ses élans...". Selon nos observations objectivées par le test, l'impulsivité est très basse et le danger de passer à l'acte nous paraît très peu probable et ce, d'autant plus, qu'il s'agit dans le cas présent d'une liaison amoureuse dans laquelle l'être aimé ([la victime]) est un fantasme idéalisé. » (R. c. Blondin, 1995 J.Q. 2786, par. 9; notre souligné).

¹¹⁶ Le juge cite le rapport du psychologue.

Si par le passé, la victime ne craignait pas pour son intégrité physique, cet extrait semble indiquer que les choses ont évoluées et que la victime craint maintenant un passage à l'acte. Même si le psychologue ne semble pas convaincu que le passage à l'acte représente un risque préoccupant, cela n'invalide pas le point de vue de la victime à l'effet d'un *possible* passage à l'acte de l'accusé. L'affaire *Blondin* met ainsi en exergue une dimension des attentes des victimes : celles-ci ne sont pas statiques, mais bien dynamiques et elles peuvent évoluer. Nous pouvons anticiper que cette évolution puisse ajouter un degré de complexité à leur appréhension par les tribunaux dans le contexte de la détermination de la peine.

La sociologie nous fournit plusieurs outils conceptuels pour interpréter ce changement dans les attentes de la victime comme étant une stratégie pour régler son problème de harcèlement qui perdure depuis plus d'une décennie. La victime peut être vue comme un agent rationnel qui cherche à combler ses propres intérêts (théorie du choix rationnel) ou comme un acteur social tenant un rôle social (psychosociologie) ou encore un acteur possédant son propre point de vue subjectif par rapport au rôle du droit criminel moderne à son égard (phénoménologie). Dans la piste phénoménologique, l'arrière-plan cognitif de la victime serait informé par des théories de la peine favorisant l'incarcération. Nous n'avons pas eu l'impression que la théorie de la rétribution était en jeu ici, ni la théorie de la réhabilitation carcérale, car le propos de la victime s'oriente plutôt vers l'atteinte d'un objectif qui n'est pas celui de traitement. Au contraire, cet objectif est plutôt celui de cesser les comportements de l'accusé par le recours à l'incarcération.

Nous pouvons envisager sérieusement les théories de la neutralisation et de la dissuasion. La théorie de la dissuasion dicte que lorsque des dispositifs ne sont pas en

mesure de décourager le contrevenant, il faut alors faire appel à des moyens plus restrictifs par rapport à la liberté de l'accusé pour le dissuader. Toutefois, la théorie de la dissuasion affirme également que la dissuasion peut être *inefficace* auprès des personnes atteintes d'un trouble de santé mentale. Nous pouvons alors envisager que la victime se fonde, non pas tellement sur la dissuasion, mais sur une forme particulière de *neutralisation*. Il s'agit d'empêcher le contrevenant d'agir pour une période de temps déterminée. Que ce soit la dissuasion ou la neutralisation, nous sommes dans une logique de protection. Le tribunal va affirmer que « Dans le présent dossier, le but [...] à atteindre de la façon la plus complète et efficace possible est la dissuasion. » (*R. c. Blondin*, 1995 J.Q. 2786, par. 27). Le tribunal va prononcer une peine d'emprisonnement de 45 jours combiné avec une ordonnance de probation dans laquelle figure la condition de ne pas entrer en communication avec la victime. Attirons l'attention sur la manière dont une seule et même peine, en l'occurrence la peine d'emprisonnement de 45 jours, permet d'atteindre à la fois la neutralisation demandée par la victime, mais avec les exigences de la dissuasion valorisées par le tribunal. Cela signifie que l'observation de la prise en compte des attentes victimaires par le tribunal lors de la détermination de la peine ne s'effectue pas nécessairement au niveau du justificatif de la sanction, mais plutôt au niveau de la sanction prononcée. Autrement dit, il ne faut pas conclure que le tribunal ne tient pas compte de l'attente de quiétude ou de protection de la victime si le tribunal ne justifie pas sa décision en précisant qu'il la prononce pour la protection de la victime. Il peut en tenir compte, mais justifier sa décision par un autre motif mieux stabilisé dans les vocabulaires de motif du système.

Cette préférence envers les « vocabulaires de motifs stables » pour justifier une décision explique peut-être pourquoi il est difficile d'observer une victime concrète

formulé elle-même une attente de protection dans le matériau juridique en dépit de l'abondance du thème de la « protection ». En effet, au fur et à mesure qu'avancait le travail d'analyse, nous avons remarqué qu'il était très rare d'observer une victime concrète, c'est-à-dire un être humain en chair et en os, formuler une telle attente de protection. Parmi les énoncés qui étaient regroupés sous notre code « attente de protection », il est ressorti de notre analyse que cette attente était presque toujours évoquée par un acteur judiciaire. Cet acteur pouvait être le juge, le procureur¹¹⁷ ou encore un agent de probation à travers un rapport présentenciel¹¹⁸.

Malgré cela, il serait erroné de conclure que les victimes concrètes n'entretiennent pas d'attentes à l'égard de leur intégrité physique ou à tout le moins que cela n'est pas un enjeu déterminant pour elles. Cette difficulté d'observation nous semble davantage reposer sur un *problème méthodologique* plutôt que sur une absence *dudit phénomène* (un non-phénomène). Autrement dit, si nous avons de la difficulté à observer cette attente, ce n'est pas parce que les victimes ne se préoccupent pas de leur intégrité physique, mais plutôt parce que les conditions favorables à son observation ne sont pas toujours réunies dans notre empirie.

La difficulté que représente l'observation de l'attente de protection comme un « *input* » provenant d'une victime en chair et en os peut s'expliquer par la très grande compatibilité qui existe entre cette attente et les structures internes du SDC. Comme nous l'avons souligné préalablement, à la lumière de notre empirie, notre capacité d'observation

¹¹⁷ C'est le cas dans *R. c. Gatambwe*, 2013 QCCQ 5749 : « [2] La poursuite propose une absolution conditionnelle assortie de conditions pour assurer la protection de la victime. [...] ».

¹¹⁸ Par exemple, dans la décision *DPCP c. Tétrault-Hamel*, 2015 QCCQ 13768, c'est l'agent de probation qui soulève le thème de la protection de la victime : « *L'agent de probation est d'avis que pour ne pas compromettre la sécurité de la victime et de ses proches, il est nécessaire qu'une distance s'installe entre l'accusé et la victime, ce qui permettra éventuellement à l'accusé d'amorcer les démarches thérapeutiques nécessaires.* » (*DPCP c. Tétrault-Hammel*, 2015 QCCQ 13768, par. 22)

des attentes victimaires dépend en grande partie des sélections effectuées par les tribunaux à partir de l'information contenue dans le formulaire de déclaration de la victime. Il arrive que les sélections effectuées par le tribunal nous permettent d'observer la formulation des attentes de protection par les victimes concrètes, comme c'est le cas dans les affaires *Ramla* et *Gabriel* qui portent respectivement sur un cas de harcèlement criminel et de conduite en état d'ébriété ayant causé la mort.

Dans l'affaire *Ramla*, l'infraction de harcèlement criminel prend place dans un contexte de rupture où l'accusé n'accepte pas la fin de la relation conjugale. Dans ses manœuvres, l'accusé surveille et suit les allers-retours de la victime pendant des semaines. L'énoncé qui suit met en exergue les inquiétudes formulées par la victime à l'égard de sa propre sécurité et celle de ses enfants. Sur le formulaire de la déclaration de la victime, à la question « *Êtes-vous préoccupée par votre sécurité depuis la commission de l'acte criminel?* », la victime répond :

« *Oui, absolument. Je suis toujours préoccupée et soucieuse. J'ai très peur de le rencontrer n'importe où, au point où des fois j'imagine sa présence partout. Tous les jours, j'emprunte un chemin différent pour aller au travail. Je change d'idée plusieurs fois avant d'entreprendre une activité avec ma petite famille. Je ne suis plus naturelle et suis toujours traumatisée à l'idée de le rencontrer partout et devoir subir sa violence verbale et pression constante. [...] Le harcèlement criminel [commis] par l'accusé a considérablement perturbé l'équilibre quotidien de ma petite famille et moi-même. Notre mode de vie en a été perturbé au point où nous devons toujours surveiller devant chez nous matin et soir, partout à l'épicerie, au cinéma, à l'école, au travail. J'étais et suis toujours traumatisée en apercevant une voiture noire qui est, soit derrière moi dans le trafic et à tous les endroits (lieux) où je me rends. Je ne dors plus craignant toujours que l'accusé rentre chez nous pour nous faire du mal.* » (R. c. *Ramla*, 2016 J.Q. 3070, par. 105; notre souligné).

Nous faisons face à une victime qui entretient une préoccupation similaire dans la décision *Gabriel* que nous avons présentée dans la section précédente. Dans *Gabriel* toutefois, il s'agit d'un proche de la victime décédée qui formule ce besoin de protection.

L'énoncé suivant illustre la préoccupation du proche de la victime à l'égard de sa sécurité et celles de sa famille :

« *It terrifies me to think that [the accused] may be back on the streets in short time and be in a position to cause more harm to other innocent people in this or some other manner. Based on his prior offences, it's obvious he shuns the law. So if his punishment is deemed to be removal of his license, he's the type that would drive anyway without one. I have worked hard all my life and I've paid my taxes faithfully - I contribute financially into this country in order that among other things, I and my family can be protected. The judicial system exists to protect those who honour it, not those who shun it. Let's not make a mockery of our system and Samantha's life by not allowing Raymond to pay the true debt he owes.*¹¹⁹ » (*R. v. Gabriel*, 1999 J.Q. 2579, par. 10; notre souligné).

Ce sont là quelques rares occasions où nous avons été en mesure d'observer les attentes de protection formulées par une victime concrète. La difficulté d'observer ces attentes de protection formulée par la victime elle-même peut s'expliquer par le fait que la protection de la société, du public, des personnes vulnérables et des victimes fait déjà partie de la routine cognitive des tribunaux. Comme l'objectif de protection (en général) est érigé en tant que principe fondamental, les tribunaux n'ont pas besoin de s'appuyer sur ces déclarations pour valoriser l'objectif de protection. À l'article 718 du *Code criminel*, nous pouvons y lire que : « 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 [...] » (L.R. (1985), ch. C-46, art. 718).

¹¹⁹ Nous tenons à préciser que, dans l'argumentation du juge, cet extrait tiré de la décision *Gabriel* était cité comme un exemple d'un passage inapproprié des déclarations des victimes. Toutefois, nous le citons pour illustrer que les victimes entretiennent des attentes de protection.

Par ailleurs, cet objectif se retrouve cognitivement supporté par les théories de la peine qui donnent un sens particulier aux objectifs de la peine¹²⁰. Nous pouvons également penser que ces théories de la peine nourrissent la présupposition selon laquelle les victimes veulent être protégées faisant en sorte que les tribunaux peuvent se passer de « preuve » d'un tel besoin chez la victime. Dit autrement, cette attente de protection serait à ce point généralisée et redondante dans les lois criminelles qu'elle subsumerait les attentes formulées par les victimes humaines et s'y amalgamerait.

La difficulté d'observation de ces attentes suggère que les victimes d'actes criminels entretiennent des attentes par rapport à leur sécurité et leur intégrité physique, mais que ces attentes sont si redondantes que les tribunaux n'ont pas besoin de citer les déclarations des victimes pour justifier leurs décisions. Encore une fois, la difficulté d'observer ce type d'attentes chez les victimes ne doit pas être associée à l'absence d'un intérêt de la part des victimes à l'égard de leur intégrité physique, mais plutôt à un effet de la redondance de la « rationalité pénale moderne ». Cela pourra se vérifier dans la section 4.4 où nous traiterons conjointement de la réception des attentes de quiétude et de protection.

Pour le moment, tournons-nous vers les demandes de dédommagement formulées par les victimes.

3.1.3. L'attente de dédommagement

La demande de dédommagement ne représente qu'une des formes particulières par laquelle une attente monétaire ou un besoin financier plus global des victimes peut se

¹²⁰ Dubé et Labonté (2016) illustrent comment les théories de la peine de la rétribution, de la dénonciation et de la dissuasion ont donné et continuent de donner une forme répressive aux objectifs que poursuivent ces théories.

manifester. En effet, les dommages et les pertes subis à la suite d'une infraction criminelle peuvent être couverts par des organisations privées et publiques se situant à l'extérieur du système judiciaire (Roché, 1995). Nous pouvons penser à juste titre aux compagnies d'assurance (organisations privées) et aux services publics d'aides aux victimes tels que les C.A.V.A.C. et l'I.V.A.C. (Baril, 1988). Au sein du système judiciaire, ce besoin financier peut se manifester par les demandes de dédommagement et de restitution au sein de la procédure criminelle et par le recours aux tribunaux civils. Compte tenu de notre objet de recherche, nous allons nous limiter à la considération des demandes de dédommagement et de restitution au sein de la procédure criminelle.

Le paragraphe 737.1(4) du *Code criminel*¹²¹ permet aux victimes de réclamer un dédommagement en remplissant un formulaire ou en recourant à « toute autre manière approuvée par le tribunal ». Nous pouvons dès lors déjà constater que les demandes de dédommagement bénéficient d'une structure préétablie qui crée un problème d'observation de même nature à celui présenté avec les attentes de protection (section 4.2.3). L'observation des attentes subjectives de dédommagement se fait difficilement. Ici aussi, nous faisons face à une grande affinité entre les attentes des victimes et les structures internes du système. Cette affinité transparaît lorsque les demandes de dédommagement peuvent être présentées par la victime elle-même, le procureur de la couronne ou le juge siégeant au tribunal.

¹²¹ Au paragraphe 737.1(4), nous pouvons y lire que « Toute victime ou autre personne peut indiquer si elle réclame un dédommagement en remplissant la formule 34.1 de la partie XXVIII ou le formulaire approuvé à cette fin par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province dans laquelle le tribunal a compétence, ou de toute autre manière approuvée par le tribunal. Le cas échéant, elle établit, de la même manière, ses dommages ou pertes, dont la valeur doit pouvoir être « déterminée facilement. » (*C. cr.*).

En matière de dédommagement, la décision de référence par excellence est *Zelensky* rendue en 1978 par la Cour suprême du Canada. Il s'agit de la première affaire dans laquelle la Cour suprême du Canada devait se prononcer sur la validité¹²² de l'ordonnance de dédommagement¹²³ prévue à l'article 653 du *Code criminel*. À l'époque, l'article 653 exigeait que la partie lésée, soit la victime,¹²⁴ demande à être dédommée (*Zelensky*, 1978, p. 954). Dans ce dossier, la partie lésée ou la victime est la compagnie *Easton limitée* (désormais, *Easton ltée*). Les faits à l'origine de ce dossier impliquent un vol commis par l'accusée et son mari à l'endroit de la compagnie (*R. c. Zelensky*, 1978 2. R.C.S. 940, p. 940). Dans la terminologie du droit criminel canadien, la victime était alors considérée comme une « personne morale » ou une « organisation » (Hagan, 1983). La compagnie *Eaton ltée* a intenté des poursuites civiles la veille du début des procédures criminelles pour être dédommée civilement et retrouver les biens qui ont été volés (Ibid.). Tout en continuant les poursuites civiles, la compagnie va également demander à être dédommée¹²⁵ au sein des procédures criminelles en vertu de l'article 653 du *Code criminel* :

« [...] L'ordonnance de dédommagement et de restitution est une ordonnance mixte prononcée lors de la condamnation à l'emprisonnement et à une période de probation d'Anne Zelensky qui avait plaidé coupable sur l'accusation de vol. *Cette ordonnance fait suite à une demande présentée par la Compagnie T. Eaton Limitée, la victime du vol.* » (*R. c. Zelensky*, 1978 2 R.C.S. 940, p. 945-6; notre souligné).

¹²² La majorité de la Cour suprême du Canada a tranché en reconnaissant la validité de l'ordonnance de dédommagement prévu à l'article 653 du *Code criminel* « parce qu'il fait partie du processus de sentence » (*Zelensky*, 1978, p. 960).

¹²³ Désormais, l'article du *Code criminel* qui légifère les ordonnances de dédommagement est l'article 737.1.

¹²⁴ Avant les années 1980, Hagan (1983) avait observé que dans la majorité des cas les victimes d'actes criminels des affaires qui se rendaient dans le prétoire étaient surtout des organisations (entreprises, etc.). Les individus privés en tant que victimes constituaient une minorité. L'introduction de la déclaration de la victime à la fin de la décennie a certainement contribué à renverser ce constat de Hagen (1983).

¹²⁵ Il faut distinguer l'ordonnance de dédommagement qui est prononcée en même temps que l'ordonnance de restitution qui, quant à elle, représente une condition qui s'ajoute à une ordonnance de probation. La première trouve son fondement dans la demande de la victime alors que pour la deuxième, c'est la Cour qui l'initie.

L'arrêt *Zelensky* va établir les lignes directrices en ce qui concerne l'application des ordonnances de dédommagement. D'abord, la CSC va indiquer que les ordonnances de dédommagement doivent être utilisées avec circonspection¹²⁶. Cela signifie que le juge doit veiller à ce que ces ordonnances ne soient pas demandées par les victimes « pour aggraver les sanctions contre le coupable » (*Zelensky*, 1978, p. 961). Le juge doit également prendre en considération, avant de prononcer une telle ordonnance, les moyens de l'accusé ou la durée probable des procédures d'évaluation des pertes. Concernant ce dernier point, cela signifie que la valeur du dommage doit être facilement évaluable.

Dans la décision *Tremblay*, rendue par la Cour du Québec en 1998, l'accusée a commis une fraude auprès de trois victimes différentes qui étaient des connaissances de l'accusée. Elle faisait croire à ses victimes qu'elle était sous le point de toucher un important héritage et que son ex-conjoint intentait des poursuites contre elle en vue d'en toucher une part importante. Ne bénéficiant que de l'aide sociale, l'accusée expliquait à ses victimes qu'elle ne pouvait pas payer ses honoraires d'avocats et demandait qu'elles couvrent les dépenses. Toute cette histoire s'est révélée fausse et les victimes, qui s'attendaient à ce que l'accusée partage avec elles une part de son héritage pour l'aide financière qu'elles lui avaient apportée, n'ont jamais reçu un sou de la part de l'accusée. Dans ce dossier, autant les victimes que le procureur ont demandé à ce que l'accusée dédommage les victimes. Toutefois, le tribunal devait trancher la question de droit visant à savoir quel article du *Code* devait être appliqué en matière d'ordonnances de dédommagement afin que l'accusée bénéficie de la sanction la moins sévère. Au moment

¹²⁶ *R. c. Zelensky*, 1978 2 R.C.S. 940, p. 961.

de la commission des infractions, l'article en vigueur était l'article 725 du *Code criminel* canadien qui stipulait que les ordonnances de dédommagement devaient être demandées par les victimes elles-mêmes. Au moment de rendre la décision, cet article a été abrogé et remplacé par l'article 738 qui autorise le procureur à demander une ordonnance de dédommagement au tribunal¹²⁷. L'argument de la défense indiquait que le nouvel article (art. 738, *C. cr.*) était plus sévère que l'ancien puisque l'ordonnance de dédommagement pouvait désormais être exigée d'office. Toutefois, comme les victimes et le procureur ont demandé à ce que le tribunal prononce une ordonnance de dédommagement, le tribunal a indiqué que:

« La distinction entre l'article 738 et l'ancien article 725 devient donc purement théorique dans le cas à l'étude, puisque *la demande de dédommagement a été faite tant par le procureur général que par chacune des personnes lésées aux présents dossiers*. Pour cela, même si l'accusée peut prétendre que la nouvelle disposition est plus sévère que l'ancienne, en ce sens qu'elle peut être maintenant prononcée d'office ou à la demande du procureur général, cette conclusion est théorique et sans effet pour l'accusée, la demande de dédommagement ayant été faite tant par les personnes lésées que par le procureur général. Il ne s'agit donc pas d'une peine plus sévère puisque dans les présentes demandes de dédommagement, *les victimes l'ont directement demandé en témoignant devant le tribunal au moment des représentations sur l'observation de la peine*. Il n'y a donc pas violation du principe de la non-rétroactivité discuté antérieurement, parce qu'il ne s'agit [pas] d'une peine plus sévère que celle qui aurait pu être prononcée sous l'ancien article 725 C.Cr. » (*R. c. Tremblay*, 1998 CanLii 9248 (QC CQ), par. 47; notre souligné).

Que ce soit dans *Zelensky* ou dans *Tremblay*, nous avons pu observer empiriquement les attentes de dédommagement des victimes. Toutefois, ce que les extraits ne nous permettent pas de déterminer, c'est si le dédommagement était pour elles une fin en soi, c'est-à-dire une manière en soi satisfaisante de résoudre le conflit. Si nous nous

¹²⁷ Aux paragraphes 45 et 46 de la décision *Tremblay*, le tribunal retient essentiellement ceci de la différence entre les articles 725 et 738 : « L'article 738 actuel du Code criminel n'est que la recodification de l'ancien article 725, amendé uniquement en regard de la personne de qui origine la demande. L'article 725 prévoyait que *cette demande pouvait être faite au tribunal sur sentence que par la personne lésée*, alors que le nouvel article prévoit qu'une telle ordonnance peut être rendue à la demande du procureur général ou d'office »

permettons d'explorer cette possibilité, le tribunal aurait pu combler cette *attente de justice* et prononcer alors une ordonnance de dédommagement sans avoir recours à la peine afflictive.

Toutefois, il faut envisager la possibilité que la victime mobilise le dédommagement dans une logique punitive à l'égard de l'accusé. Nous faisons face à ce scénario particulier dans la décision *R. c. Chav*, que nous avons présentée précédemment (section 3.1.1.2). Cependant, ce qui nous intéresse à présent par rapport à cette décision, c'est plus spécifiquement l'usage punitif du dédommagement qu'ont fait les proches de la victime que nous pouvons observer dans l'extrait suivant :

« Messieurs Stéphane Grégoire et Bernard Grégoire [proches de la victime décédée] ont entamé le 6 mai 2011 une poursuite contre l'accusée pour une somme de près d'un million de dollars dont 123 768.92 \$ représentent des pertes monétaires subies par eux, *le reste représentant des dommages moraux et punitifs*. » (*R. c. Chav*, 2011 QCCQ 10468, par. 49-51; notre souligné).

Les victimes ont privilégié la voie du droit civil pour réclamer ces dédommagements, mais cela ne nous empêche pas d'imaginer que le dédommagement puisse être demandé par la victime à titre punitif dans les procédures criminelles. Bien que le dédommagement soit perçu comme une sanction possédant des traits « civils » en droit criminel, l'accusé peut très bien percevoir une ordonnance de dédommagement comme une sanction punitive. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les tribunaux, avant de prononcer une ordonnance de dédommagement, s'informent des motifs de la victime. Si le motif de la demande de dédommagement de la victime est celui de faire souffrir l'accusé et non pas strictement celui de couvrir les dommages et les pertes subis par la victime, le tribunal peut choisir de ne pas octroyer le dédommagement.

La volonté de la victime à faire souffrir davantage l'accusé par la demande d'un dédommagement n'est pas le principal obstacle qui limite les ordonnances de dédommagement. En fait, le dédommagement à la victime n'est pas une sanction autonome en matière de droit criminel, ce qui fait en sorte qu'il ne peut être octroyé seul. Par ailleurs, d'autres obstacles pragmatiques limitent le recours aux ordonnances de dédommagement. Le montant des dommages et des pertes doit être facilement calculable. Dans ce sens, il est plus facile de fixer un montant aux biens matériels perdus ou endommagés qu'aux blessures subies. Quel sort est réservé à cette attente de dédommagement ou autrement dit, comment le SDC pourrait-il la traiter?

En attendant de trouver des éléments de réponse à cette question, poursuivons avec les attentes de *closure*.

3.1.4. L'attente de closure

Lors de la codification des données, nous nous sommes inspirés de la définition du concept de *closure* qu'utilisaient Cauchie et Sauvageau (2013, 169). Ceux-ci avaient choisi de ne pas traduire le concept pour garder un sens large pouvant : « renvoyer à la fermeture (d'un dossier), au règlement (d'un cas) ou à la résolution (d'une affaire) » ou encore à « l'idée de mettre un terme à la souffrance » (Ibid.). Dans cette étude, les auteurs avaient limité leurs observations à des cas bien particuliers, notamment à des cas d'infractions criminelles dont la conséquence a été la mort de la victime et où les peines sont les plus lourdes (Cauchie et Sauvageau, 2013, 169). Nous ne nous sommes pas limités à ces cas précis, mais avons plutôt élargi le contexte d'observation pour y inclure, notamment, les cas d'agression sexuelle, de viols, etc. Notre approche se distingue également de celle des

auteurs par rapport au choix de la juridiction étudiée. Alors que nous nous limitons au contexte judiciaire canadien, les auteurs incluaient quant à eux le contexte américain dans leur observation.

Pour notre part, nous avons identifié des attentes de *closure* formulées par les victimes concrètes dans des cas de crimes à connotation sexuelle tels que le contact sexuel (art. 151, *C.cr.*), l'agression sexuelle (art. 271, *C.cr.*) et le voyeurisme (art. 162(1), *C.cr.*). Nous les avons également observées dans des contextes de vol qualifié (art. 343, *C.cr.*). Bien qu'en principe les attentes de *closure* peuvent valoriser autant la *répression* que la *clémence*, dans les cas sélectionnés, ce que nous avons pu observer, ce sont des attentes de *closure* favorisant la clémence ou du moins exprimant une certaine neutralité par rapport à la sévérité de la peine. En tenant compte de ce que nous avons pu observer dans la section 3.1.1.1, si les tribunaux ont tendance à tolérer les recommandations sur la peine des victimes qui demandent la clémence, nous pouvons raisonnablement nous attendre à ce que les attentes de *closure* subissent un traitement similaire. Les victimes dont le *closure* implique nécessairement une peine sévère seront sensiblement observées comme une forme de vengeance et leur attente sera évacuée du processus de détermination de la peine. Cela expliquerait que nous avons surtout observé des attentes de *closure* plus neutres ou suggérant la clémence ou la modération.

Nous avons identifié des attentes de *closure* dans la décision *Charpentier* qui concerne une affaire d'attouchement sexuel d'un père à l'endroit de sa fille. L'accusé avait la charge parentale complète puisque la mère de la victime était hospitalisée pour recevoir des soins psychiatriques. Dans son témoignage devant le tribunal, la victime a clairement exprimé ce qu'elle attendait des procédures judiciaires :

« [la victime] souhaite être entendue par son père *pour qu'il comprenne ce qu'elle a vécu à la suite des attouchements*. Son témoignage rendu devant la Cour lui permet d'avoir "*la conviction qu'après cela, je pourrai passer à autre chose plus facilement, la page sera tournée...*" » (R. c. Charpentier, 2015 J.Q. 2897 par. 17-18; notre souligné).

Dans cette affaire, la victime suit deux injonctions qui ne sont pas associées *a priori* à celle de punir le coupable. La première injonction prend la forme d'un désir, soit celui de « passer à autre chose » en amenant l'accusé à prendre conscience de ce qu'il a fait subir à sa propre fille. Dans une telle situation, nous aurions pu nous attendre à ce que la victime soit gouvernée par une injonction de vengeance, mais ce n'est pas ce que nous observons dans *Charpentier*. La victime ne se prononce pas du tout sur la peine et son témoignage est inscrit dans une démarche que nous pourrions qualifier de thérapeutique puisqu'elle vise à se « libérer » et à se faire « respecter ». Par le processus judiciaire, la victime cherche à reconstruire sa « dignité » :

« La fin de sa narration au Tribunal prend tout son sens lorsqu'elle affirme : "Heureusement, aujourd'hui, je ne me sens plus coupable de ce qui est arrivé, je n'étais qu'une enfant... le seul responsable ici, c'est mon père, *cet adulte qui devait être responsable... en qui j'avais confiance et qui aurait dû vouloir mon bien et non abuser de mon innocence...* J'aime beaucoup mon oncle et ma tante mais ce que j'aurais voulu c'est avoir une enfance normale avec ma famille, je suis tellement déçue de toi papa, de la tournure que cela prend, *je devais te dénoncer, c'était inacceptable ce que tu m'as fait, je devais me libérer, me faire respecter...* Aujourd'hui, je dois vivre avec mes blessures et les soigner, c'est un travail de tous les jours. *Je dois vivre en paix aujourd'hui, et savoir que plus jamais quelqu'un n'abusera de moi... j'ai appris à me respecter et à faire respecter... car ce n'est pas toi qui me l'as appris...*" » (R. c. Charpentier, 2015 J.Q. 2897, par. 124; notre souligné).

Dans un sens très large, la notion de « dignité » renvoie à ce « désir de respect » qu'une personne entretient envers elle-même ou par un tiers et nous ne pouvons pas nier que l'intervention de la victime dans l'extrait ci-dessus s'inscrit dans cette sémantique. Dans *Charpentier*, l'attente de *closure* que formule la victime évoque l'idée de passer à

autre chose, de pouvoir tourner la page, mais où tourner la page signifie aussi rebâtir sa dignité, réapprendre à se respecter et à se faire respecter par les autres.

Dans *Godin*, il semble que le tribunal ait tenté d'alléger le fardeau de la victime à travers le processus de détermination de la peine. Dans cette affaire où, rappelons-le, l'accusé a plaidé coupable d'avoir eu des contacts sexuels avec la fille de son ex-conjointe, la Cour du Québec, en se réappropriant les propos de la déclaration de la victime, affirme que :

« [la victime] accepte les faits tels qu'ils ont été présentés et pour lesquels l'accusé a plaidé coupable. Le Tribunal retient qu'elle et la poursuite ne se sont pas engagées dans un processus de détermination des faits contestés pour en présenter d'autres facteurs aggravants. Elle a bien sûr mûri l'ensemble de sa situation et *a choisi une avenue pour ne plus se faire mal et avoir moins mal.* » (R. c. *Godin*, 2016 J.Q. 8074, par. 150-152; notre souligné).

« *Elle voulait seulement qu'il reconnaisse sa part de responsabilité dans les séquelles avec lesquelles elle doit vivre et qu'il ne puisse recommencer avec qui que ce soit. Or, le Tribunal tient à souligner à madame qu'elle n'a plus à s'attribuer une part de responsabilité, l'accusé doit porter entièrement en lui toute cette responsabilité, ce qu'il a d'ailleurs déjà reconnu à la Cour.* » (R. c. *Godin*, 2016 J.Q. 8074, par. 164-165; notre souligné).

Dans cette affaire, la victime avoue dans sa déclaration qu'elle regrettait avoir dénoncé les actes aux autorités parce qu'elle ne croyait pas que la peine, peu importe laquelle, puisse l'aider à se sentir mieux : « *Il lui arrive parfois de regretter d'avoir dénoncé la situation, car aujourd'hui, elle ne croit pas qu'elle parviendra à se sentir mieux après la clôture de ce processus judiciaire* » (R. c. *Godin*, 2016 J.Q. 8074, par. 162).

De manière générale, le *closure* s'inscrit dans une démarche thérapeutique dans la mesure où la victime cherche à atteindre un « mieux-être » en passant à autre chose. Cela est différent de ce que les auteur(e)s Jodouin et Sylvestre (2009, 579) avaient observé et nommé comme l'« ajournement thérapeutique » pour désigner une stratégie développée par les juges pour assouvir les tensions du système. Cette stratégie identifiée par les

auteur(e)s consiste à ajourner le procès et à le reporter à une date ultérieure afin de permettre à l'accusé de suivre une thérapie, de dédommager la victime de sorte qu'au moment venu, son dossier s'en retrouve bonifié (Ibid.). Dans le cas de l'*ajournement thérapeutique*, ce sont les acteurs judiciaires qui déclenchent la pratique et non l'accusé. Dans le cas du *closure*, nous faisons face à un souhait formulé par la victime dont la réception par le tribunal est quelque chose qu'il nous reste encore à voir (section 3.6). Ce souhait de *closure*—nous venons d'en avoir un aperçu à partir de *Charpentier* et de *Godin*—peut prendre la forme d'un souhait de « passer à autre chose » de même que d'une volonté de « reconstruire une dignité ». Il peut aussi se présenter sous d'autres formes.

Le *closure* peut prendre le sens d'une « reconstruction des liens qui ont été fragilisés ». Nous avons eu l'impression que dans la décision *R. v. D.B.*, « passer à autre chose » signifiait réparer les liens entre l'accusé et la victime, qui dans cette affaire, sont respectivement frère et sœur, mais aussi les liens entre tous les membres de la famille. Le tribunal rapporte les propos de la mère de la victime et de l'accusé :

« The Mother paints a very positive picture of the YP, stating that he has demonstrated gains in maturity, responsibility, and self-control of late. She believes that he is remorseful and that he understands the impact of his actions on the victim and their family. She feels that, "*Despite the trauma that this caused the family, everyone has been able to move forward in a positive way and are [sic] making attempts to make amends and rebuild relationships.*" » (*R. v. D.B.*, 2016 A.J. 92, par. 11; notre souligné).

Dans *J.W.*, une décision que nous avons déjà abordée précédemment¹²⁸, la mère d'une jeune fille victime d'attouchement sexuel par son propre conjoint (*J.W.*), tient un discours similaire à celui de la mère de la victime dans l'affaire *D.B.* que nous venons de présenter. Toutefois, les propos rapportés de la décision *J.W.* sont peut-être plus explicites

¹²⁸ Plus précisément au point 4.2.1. du présent chapitre.

par rapport à la gamme d'émotions par laquelle la mère de la victime dans ce dossier est passée : « anéantissement », « confusion », « tristesse », « colère » pour ne nommer que ceux-là. Ce qui retient notre attention, c'est le fait que, malgré ces émotions fortes, la mère de la victime parvient, non seulement à regretter l'absence de l'accusé dans le foyer familial – ce qui témoigne de la force des liens sociaux qui existent entre les accusés et leurs proches – mais à vouloir reconstruire sa relation avec l'accusé et la famille qu'ils formaient avant les événements :

« H.W.'s mother describes October 17, 2015, the day H.W. disclosed to her what J.W. had been doing, the hardest and most shocking day of her life. She was devastated, confused, sad, angry and shocked. Her world had been turned upside down. She was left to focus on taking care of her children and her home while J.W. was removed from the home. She confirmed that while J.W. continued to support the family financially, his physical presence in the home was extremely missed. It is clear that, after much personal counselling and upon seeing the steps that J.W. has taken himself and his remorse, repentance and transformation, *H.W.'s mother now has renewed faith in terms of rebuilding the relationship and their family.* » (R. v. J.W., 2016 O.J. 5178, par. 18-19; notre souligné).

À d'autres occasions, le *closure* signifiait plutôt ce souci de la part de la victime de « comprendre » le geste commis par l'accusé, qui, dans bien des cas, représente une personne en qui la victime avait confiance. Dans l'affaire *McDonald*, la confiance que la victime entretenait à l'égard de son entraîneur a été bouleversée lorsqu'elle a appris que ce dernier était le propriétaire du téléphone qui enregistrait, à son insu, une vidéo d'elle en train de se dévêtir dans le vestiaire des filles. Dans ce cas, le motif de la victime pour dénoncer son entraîneur n'était pas celui de la vengeance, comme le suppose bien souvent les tribunaux, mais plutôt celui de *comprendre* : « pourquoi l'accusé a-t-il commis ce geste? »; « Pourquoi moi? » Le tribunal rapporte les propos de la victime dans l'énoncé qui suit :

« Lors de sa lecture, la victime a démontré qu'elle ne recherche aucune vengeance. Elle tente de comprendre, sa confiance envers l'accusé s'étant effondrée. Malgré de nombreuses personnes dans la salle y compris des journalistes, elle a su conserver son

calme, sa dignité et contrôler ses émotions. » (*R. c. McDonald*, 2016 J.Q. 6642, par. 20; notre souligné).

Contrairement à ce qui ressort de l'analyse menée par Cauchie et Sauvageau (2013), le souhait de *closure* n'est pas toujours associé à une attitude punitive. En fait, l'attente de *closure* peut prendre des formes variées : tantôt il s'agit de reconstruire les liens familiaux, alors qu'à d'autres occasions, il s'agit de « comprendre » le geste posé par l'accusé ou encore de « reconstruire sa dignité » en cherchant à se faire respecter. Toutes ses formes de *closure* que nous venons d'évoquer sont en fait des formes de *closure psychologique* (Dubé et Garcia, 2018b). Le *closure* psychologique vise essentiellement à diminuer les souffrances de la victime découlant de l'infraction ou à les surmonter afin d'entamer un nouveau chapitre dans leur vie. Nous pouvons opposer le *closure* psychologique à un autre type de *closure* qui est étroitement associé à la détermination de la peine qui marque la fin des procédures judiciaires : le *closure procédural* (Dubé et Garcia, 2018b). Le *closure* procédural, quant à lui, vise à diminuer les souffrances découlant des procédures judiciaires. Pour l'instant, précisons que le *closure procédural* ne garantit pas un *closure psychologique* chez la victime. Une victime peut toujours continuer de souffrir de l'infraction même lorsque les procédures judiciaires arrivent à terme.

3.1.5. Conclusion : la complexité des attentes victimaires

Ce que l'analyse de la variété des formes juridiques révèle, c'est que les attentes des victimes en matière de justice pénale sont plurielles et peuvent évoluer dans le temps. Notre analyse corrobore les observations de Chaumont (1999, 39) et de Dubé et Garcia (2017b, 3) qui assument ou démontrent cette variété. Cette variété signifie que ces attentes peuvent par ailleurs valoriser la clémence ou la répression. Nous avons vu, par exemple,

que l'attente de *closure* peut signifier, *pour la victime qui la formule*, de reconstruire sa dignité. De surcroît, nous avons suggéré à plusieurs reprises qu'au-delà des attentes que nous avons identifiées précédemment se dissimulaient des *attentes de reconnaissance*. En des termes généraux, la reconnaissance et la valorisation de la dignité peut renvoyer, pour le système cette fois, au fait de répondre aux attentes des victimes et de communiquer les torts subis, de reconnaître que les droits de la personne victime ont été bafoués.

Pour le moment, ce qu'il faut retenir des développements sur les attentes des victimes, c'est leur *complexité, une complexité qui soulève une question fondamentale* : comment le système de droit criminel va-t-il se positionner par rapport à cette complexité d'attentes? Ce sera l'objet des sections qui suivent.

3.2. La mise en forme des attentes victimaires sous forme d'inputs juridiques

Pour les raisons sociohistoriques que nous avons présentées dans le premier chapitre de cette thèse, la victime d'actes criminels s'est imposée dans le domaine de justice criminelle, mais comme médium. Le système judiciaire comme le système politique ont été amenés à se positionner par rapport à ce médium, c'est-à-dire à le mettre en forme d'informations juridiquement et politiquement pertinentes.

Dans le chapitre précédent, nous avons démontré la variété des formes juridiques présentes dans le discours judiciaire. Comme nous l'avons vu, ces formes juridiques se sont présentées comme une variété d'inputs que les victimes ont pu introduire dans le processus de détermination de la peine. Ces inputs, nous les avons identifiés comme étant des attentes victimaires. Ce centrément sur la variété des inputs (ou attentes victimaires)

constituait une étape de notre stratégie d'analyse pour observer : 1) l'écart entre ces « inputs victimaires », c'est-à-dire les énoncés sélectionnés par le judiciaire à même les déclarations des victimes (soumises oralement et/ou par écrit) et 2) le sens de la mise en forme par le SDC.

Ainsi, dans cette deuxième section, nous poursuivons notre stratégie en nous centrant maintenant sur la manière dont le système judiciaire *reçoit* les attentes des victimes. Il nous paraît primordial de rappeler ce que nous entendons par « réception » ou du moins expliciter ce qui est sous-entendu dans ce concept fort important pour le propos de cette deuxième étape de l'analyse qui s'amorce.

La notion de réception renvoie à un processus de « mise en forme du sens » dans lequel le système qui *reçoit* joue un rôle *actif*—par opposition à un rôle *passif*—dans ledit processus. Nous avons pu mettre en évidence, dans le chapitre théorique, le rôle actif du système judiciaire dans la mise en forme du médium « victime ». Dans ce qui suit, nous allons nous centrer sur les attentes des victimes concrètes et leur mise en forme par le système judiciaire. Il ne s'agit plus de décrire sociologiquement la variété des attentes victimaires reconnue dans les communications judiciaires, mais bien de *problématiser les matériaux juridiques mobilisés dans les processus de mise en forme de cette variété*. La question qui guidera cette partie de l'analyse est celle de savoir *s'il y a des attentes qui ont plus de chance que d'autres d'être admises et prises en compte par les tribunaux*. Parmi les attentes dont le système tient compte, quels moyens celui-ci privilégie-t-il pour signifier sa prise en compte et par conséquent quels autres moyens néglige-t-il?

Nous verrons également que l'enjeu de la réception des inputs des victimes concrètes implique celui de la réception des torts qu'elles ont subis. La question de la réception des

torts subis soulève à son tour l'enjeu de la construction de la gravité de l'infraction par les tribunaux. La gravité de l'infraction est une composante du principe de justice fondamentale de la *proportionnalité*, et par conséquent, elle joue un rôle déterminant dans la détermination de la *sévérité* de la peine. Nous verrons que les torts subis par les victimes, en tant que conséquences du crime, sont souvent sollicités pour la construction juridique de la gravité¹²⁹.

3.2.1. La réception des torts subis par les victimes

La question qui nous interpelle dans le cadre de cette sous-section est celle de savoir comment les conséquences du crime subies par les victimes, telles qu'elles sont soumises par elles¹³⁰ à partir de leurs déclarations, sont utilisées dans le processus de détermination de la peine. Autrement dit, nous voulons savoir à quelles mises en forme participent les *inputs victimaires* sur les conséquences du crime. Nous émettons l'hypothèse que ces *inputs victimaires* sur les conséquences du crime participent à la construction juridique de la *gravité de l'infraction*. La formulation de cette hypothèse ne tombe pas du ciel. Elle découle en partie de constats que certains chercheur(e)s¹³¹ ont pu effectuer avant nous ainsi que de nos propres observations au sein de la jurisprudence canadienne. Finalement, cette hypothèse découle également d'une tendance historiquement observable dans laquelle les

¹²⁹ La construction juridique de la gravité des infractions constitue un projet de recherche parallèle à la présente recherche qui est conduite au sein de la *Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale*.

¹³⁰ Par opposition aux torts qui sont présumés par les tribunaux à partir de la nature de l'infraction.

¹³¹ Les auteur(e)s Roberts et Edgar (2006), Roberts et Manikis (2010), Manikis et Roberts (2011), Roberts et Erez (2011), Manikis (2015) et Markin (2017) ont observé comment les torts subis par les victimes étaient utilisés par les tribunaux, notamment à partir des usages des déclarations de la victime. Ils distinguent entre les usages instrumentaux et les usages expressifs. Les usages instrumentaux désignent les usages servant la répression, notamment pour évaluer la gravité de l'infraction. Ces usages instrumentaux sont associés à la théorie du juste dû (*just desert*) ou le rétributivisme. Les usages expressifs font référence aux utilisations ayant la finalité de permettre à la victime de prendre part au processus en s'exprimant.

conséquences du crime ont fait l'objet d'un usage soutenu dans l'évaluation de la gravité d'un acte répréhensible.

La vérification de cette hypothèse va nous amener à nous intéresser au concept de gravité de l'infraction et à la manière dont il est observé par les tribunaux canadiens. Nous verrons que les tribunaux distinguent généralement entre la *gravité objective* et la *gravité subjective* (3.2.1.1). Nous serons en mesure d'identifier les structures d'accueil permettant l'inclusion des conséquences subies par les victimes dans l'évaluation du degré de gravité des infractions. Ensuite, notre attention sera orientée vers les mises en forme qui s'opèrent à partir des *inputs victimaires* sur les torts subis par les victimes (3.2.2). Au terme de notre analyse, nous discuterons du rôle actif de la théorie de la rétribution dans la mise en forme de ces inputs.

Avant d'amorcer l'analyse, nous aimerions en préciser les limites. L'élément central de la sous-section n'est pas la construction de la gravité de l'infraction par les tribunaux, mais bien la réception des conséquences subies par les victimes dans la détermination de la peine. Par conséquent, l'analyse qui suit se limitera à l'observation de comment ces *inputs* en particulier se transposent dans le processus de détermination de la peine. Cette démarche circonscrite se distingue d'une démarche plus globale qui consisterait à décrire comment la *victime* est thématifiée dans la construction de la gravité de l'infraction. Cette démarche globale, qui n'est pas la nôtre, dépasse largement la question de la réception des « inputs » sur les conséquences du crime pour y inclure, notamment, l'ensemble des circonstances aggravantes *thématisant* les victimes.

3.2.1.1. L'observation du concept de gravité de l'infraction par les tribunaux

Lors des audiences de détermination de la peine, les tribunaux doivent trancher un certain nombre de questions afin d'arriver à prononcer la peine « juste et adéquate » pour une infraction donnée. L'évaluation du degré de gravité d'une infraction constitue l'un de ces enjeux. Pour déterminer la gravité d'une infraction, les tribunaux distinguent entre la *gravité objective* et la *gravité subjective* (Parent et Desrosiers, 2016, 51-52).

L'évaluation du degré de gravité des infractions criminelles se retrouve donc fondée sur la distinction objectivité/subjectivité. Il est à noter qu'en matière de droit criminel (du moins, dans le procédé d'évaluation de la gravité des infractions dans le processus de détermination de la peine), le caractère subjectif de la gravité (*gravité subjective*) se mesure par rapport aux faits matériels de l'infraction. Nous pouvons alors affirmer que la *gravité objective* ne se mesure pas en s'appuyant sur les « *faits objectifs* » qui caractérisent l'infraction à condamner, mais sur ce qui est socialement perçu comme grave. Les faits objectifs sont pris en considération dans l'évaluation de la *gravité subjective* et ils peuvent altérer le degré de gravité d'une infraction donnée. Tout se passe comme si, dans le processus d'évaluation de la gravité d'une infraction, la distinction objectif/subjectif avait été récupérée par le système judiciaire (canadien) pour distinguer entre une « gravité fixée légalement ou dans la loi » (gravité objective) et une « gravité qui varie » en fonction des faits objectifs de l'affaire (gravité subjective).

Lorsque nous observons à partir de quoi les tribunaux déterminent la *gravité objective* d'une infraction dans la jurisprudence, nous constatons qu'ils s'appuient sur des critères bien abstraits qui n'ont rien à voir avec les faits relatifs à l'infraction. Boisvert et Jodouin (2002, 783) parlent d'une gravité fondée sur des « indicateurs légaux » tels que le mode de poursuite (le choix entre poursuites par voie sommaire ou mise en accusation

criminelle pour les infractions hybrides), la peine maximale d'une infraction ou la présence d'une peine minimale¹³². Il arrive que la gravité objective d'une catégorie d'infraction soit déterminée à partir de la définition de la notion de « sévices graves à la personne » prévue à l'article 752 du *Code criminel*, ce qui constitue un autre indicateur légal¹³³. À partir de nos observations (non exhaustives) de la jurisprudence, la peine maximale semble être l'indicateur légal le plus souvent sollicité pour déterminer la gravité objective¹³⁴. La particularité du procédé d'évaluation de la gravité objective tient en ce qu'il s'effectue à partir d'indicateurs abstraits¹³⁵ détournant le regard des tribunaux de la *facticité* de l'infraction ou des particularités du cas concret.

La *gravité subjective* est déterminée à partir d'un examen des « circonstances entourant l'infraction » (Parent et Desrosiers, 2016, 53). Le procédé d'évaluation de la gravité subjective amène les tribunaux à s'aligner avec la *facticité* de l'infraction commise en l'espèce et à associer ces faits à des catégories de circonstances reconnues légalement

¹³² Interpréter dans un sens *strict*, les « indicateurs légaux », c'est-à-dire des indicateurs codifiés dans les lois criminelles devraient également inclure les circonstances aggravantes *codifiées* à l'article 718.2(a) lorsque les tribunaux expriment la *gravité objective* en s'appuyant sur les circonstances aggravantes codifiées à l'article 718.2 du *Code criminel*. Cependant, il est à noter, comme nous le verrons sous peu, que les tribunaux rattachent ces circonstances aggravantes à la gravité subjective, même si ces circonstances s'éloignent des faits inhérents à l'infraction.

¹³³ C'est notamment le cas dans l'arrêt *McCraw* rendu par la Cour Suprême du Canada en 1991. La CSC avançait l'argument selon lequel les agressions sexuelles seraient plus graves que les agressions sans connotation sexuelle. La CSC justifiait cela par le fait que « la définition de « sévices graves à la personne » [...] comprend la perpétration ou la tentative de perpétration d'agressions sexuelles » (*McCraw c. R.*, 1991 3 R.C.S. 83d). Cela signifierait que « le *Législateur* aurait reconnu la gravité de l'agression sexuelle » (*McCraw c. R.*, 1991 3 R.C.S. 83d).

¹³⁴ À titre indicatif, voici une liste de décisions dans lesquelles le tribunal réduit la gravité objective à la *peine maximale*: *R. c. Fréchette*, 2016 JQ 1198, par. 86; *R. c. Martin*, 2012 JQ 4819, par. 13; *R. c. Martel*, 2016 JQ 11001; *R. c. C.C.*, 2018 QCCQ 3610, par. 54; *R. c. M.-L.*, 2018 QCCQ 1586, par. 32; *R. c. P.F.*, 2011 QCCQ2236, par. 17; *Paul c. R.*, 2012 QCCA 172, par. 10; *R. c. Landry*, 2013 QCCQ 3013, par. 12, etc.

¹³⁵ Pour cette raison, nous pouvons être portés à croire que cette dimension du concept de gravité évacue complètement la victime et qu'elle ne représente pas un lieu stratégique pour observer les rapports entre le SDC et les victimes dans le contexte de la détermination de la peine. Pourtant, il arrive à de rares occasions que les tribunaux *explicitent* un lien *implicite* entre victime et gravité objective. Dans ce cas, la gravité objective ne s'évalue pas à partir des conséquences subies par les victimes concrètes, mais bien à partir d'une représentation socialement généralisée des conséquences qu'entraînent certaines infractions.

et juridiquement. S'appuyant sur le philosophe Thomas d'Aquin, Parent et Desrosiers (2016, 53) précisent que les circonstances de l'infraction répondent aux questions visant à savoir « qui a commis l'infraction? », « par quels moyens l'infraction a été commise? », « qu'est-ce qu'il a fait? » et « où, pourquoi, comment, quand l'a-t-il fait? ». Il y a par conséquent des éléments matériels (*dimension matérielle*) et des éléments qui concernent plutôt l'état d'esprit du coupable¹³⁶ (*dimension psychique*). Les circonstances dites *aggravantes* militent pour une hausse du degré de gravité alors que les circonstances atténuantes militent pour un degré de gravité moindre. Même si ces circonstances ne sont pas nécessairement constitutives de l'infraction, elles influencent néanmoins son degré de gravité subjective.

Dans l'évaluation de la gravité subjective, la victime concrète représente une source d'information circonstancielle non négligeable, surtout en ce qui concerne l'effet de l'infraction sur la victime (torts subis, conséquences du crime sur la victime). Nous le voyons bien dans l'affaire *Ramla*, qui porte sur un cas de harcèlement criminel d'un conjoint à l'endroit de son ex-conjointe. Sans la *déclaration de la victime*, il n'aurait pas été possible pour le tribunal de « saisir toute la mesure de ce qui est reproché à monsieur *Ramla* ». L'énoncé suivant illustre comment le contenu des déclarations des victimes peut s'avérer utile pour les tribunaux dans la tâche d'évaluer la gravité subjective de l'infraction :

« C'est dans le cadre de [la détermination de la peine] qu'ont d'abord été entendus, à la demande du Ministère public et de la Défense, madame Chabani [victime] et monsieur Ramla [accusé]. Et [c'est] dans le cadre de cette séance aussi qu'a été descellée

¹³⁶ Les « états d'esprit » des victimes s'inscrivent surtout dans la dimension matérielle de l'infraction en tant que conséquences psychiques du crime. Toutefois, lorsque la victime provoque l'accusé, nous pouvons dire que son état d'esprit s'inscrit dans l'autre dimension sous la forme d'un alter ego qui atténue l'état d'esprit du coupable en ce que la genèse de l'acte condamnable ne trouve pas son départ chez le coupable.

l'enveloppe cachetée contenant la Déclaration de la victime. [...]. *Mais, voilà que cette déclaration contient des éléments factuels qui, sans être nouveaux ou substantiellement différents de ceux évoqués à l'audience, les précisent et les illustrent, permettant dès lors de saisir toute la mesure de ce qui est reproché à monsieur Ramla.* » (R. c. Ramla, 2016 J.Q. 3070, par. 85).

L'utilité et l'importance des conséquences du crime dans l'évaluation de la gravité de l'infraction ont été réitérées à multiples reprises par les tribunaux canadiens¹³⁷. Par exemple, la Cour de la Nouvelle-Écosse, dans une affaire d'agression sexuelle d'un père de famille à l'endroit de l'amie (voisine) de sa propre fille, le tribunal a fait valoir que : « the impact on the victim is important in assessing how grievous of the offences are » (R. v. J.S.M., 2016, par. 62). À cet égard, les déclarations de la victime sont utiles surtout dans les cas d'infractions à caractère sexuel où les torts sont difficilement observables. La Cour de la Nouvelle-Écosse indique:

« The impact on the victim is important in assessing how grievous of the offences are. It has well been established over many cases that the child victims of sexual abuse rarely escape without severe psychological trauma. In this case, the impact on the complainant was severe. She describes a hellish emotional tumult while she attempted to come to terms with what had happened and by the continued contact initiated and maintained by J.S.M. She had suicidal ideation as early as ten years old and her self-esteem was shattered as a consequence. It is obvious that her childhood innocence was taken from her. » (R. v. J.S.M., 2016 N.S.J. 493, par. 62).

La déclaration de la victime permet également d'identifier des torts qui, *a priori*, seraient difficiles à percevoir. Dans l'affaire *Millington*, l'avocat de la défense qui défend les intérêts d'une policière de la Gendarmerie Royale du Canada accusée de parjure s'oppose à l'admissibilité de la déclaration de la mère de la victime sous prétexte que la victime de l'infraction de parjure serait *l'administration de la justice* seulement et que cette infraction ne causerait pas de torts à des victimes concrètes. Le tribunal rejette la proposition de la défense:

¹³⁷ Voir R. c. *Malmo-Levine*, 2003 S.C.C. 74 (Canlii); R. v. *Hammermeister*, 2016 A.J. 1045, par. 30; R. v. *Hajar*, 2016 A.J. 754, par. 61-65.

« What was at issue in *Bell* was the admissibility of a community impact statement signed by the Mayor of Surrey about the effect on the community of firearms-related offences. That is a far different situation from the one in the case at bar. *While I agree with counsel for Kwesi Millington (accusée) that the administration of justice as a whole is a victim of the crime of perjury, it does not follow that there cannot be other victims that come within the definition of victim in s. 722(4) of the Criminal Code.* » (*R. v. Millington*, 2015 BCSC 1612 (CanLii), par. 6).

Quelques paragraphes plus loin, après avoir cité la déclaration de la mère de la victime, le tribunal conclut que :

« *I am satisfied that Mr. Dziekanski's mother is a person to whom harm was done or who suffered physical or emotional loss as a result of the commission of the offence of perjury by Kwesi Millington when he knowingly made false statements under oath at the Braidwood Inquiry into the October 2007 death of Robert Dziekanski. Her statement is admissible on these sentencing proceedings pursuant to s. 722 of the Criminal Code.* » (*R. v. Millington*, 2015 BCSC 1612 (CanLii), par. 8).

En fait, les torts subis par les victimes apparaissent comme étant indispensables pour évaluer la gravité des actes reprochés. À un tel point que les tribunaux réduisent parfois la question de la gravité subjective à la question des torts subis par les victimes. Les énoncés qui suivent, provenant de six affaires distinctes, en témoignent:

« [18] *La gravité de l'infraction s'évalue également par rapport aux conséquences à l'endroit de la victime.* [19] Même si l'on ne note pas d'autres blessures, les circonstances de la commission de l'infraction dans un contexte conflictuel et les saignements à son nez constituent des conséquences inhérentes non négligeables pour la jeune victime. » (*R. c. P.F.*, 2011 QCCQ 2236, par. 18-19).

« [34] *La gravité subjective : la victime a subi des séquelles en ce qu'elle a eu et a toujours très peur de revoir l'accusé.* Madame demeure craintive d'être seule à la maison et de répondre à la porte. Elle vit de l'angoisse et sa qualité de vie a été entravée. » (*R. c. Belleau*, 2010 QCCQ 3407 (CanLii), par. 33-34).

« [42] *Il ne fait aucun doute que la gravité intrinsèque de l'infraction à l'égard d'une des victimes (X, chef d'accusation 2) est importante.* La preuve démontre que M... L... a touché aux parties génitales de la fille de sa conjointe avec sa bouche à au moins quatre reprises. Il s'agit de gestes on ne peut plus intrusifs. [...] [48] *Mais encore, du côté de la gravité subjective, force est de reconnaître que les infractions à l'endroit de l'une des victimes (X) ne sont pas banales.* [49] L'on a affaire ici à un adulte engagé dans une relation de confiance et d'autorité avec une enfant de 12 ans qui débute par des touchers par-dessus les vêtements pour ensuite retirer sa petite culotte afin de poser sa bouche sur

sa vulve à quatre reprises, ce qui ajoute à l'abus. Ces gestes sont particulièrement intrusifs.» (R. c. M.L., 2018 QCCQ 1586 (CanLII), par. 42, 48-49).

« [88] La fourchette des peines infligées varie selon la gravité subjective des faits entourant la commission des infractions telles que la brutalité de l'acte, la gravité du traumatisme et la présence de séquelles permanentes chez la victime. » (R. c. Belfoy, 2018 QCCQ 3025 (CanLII), par. 88).

« [31] La gravité de l'infraction s'évalue également par sa gravité subjective soit, les conséquences à l'endroit de la victime lesquelles, en l'espèce, sont importantes mais j'y reviendrai plus loin lors de l'étude des circonstances aggravantes. » (R. c. Alonso, 2012 QCCQ 7919 (CanLII), par. 31).

« [...] Toujours au niveau de gravité subjective, la cour constate qu'il n'y a eu aucune séquelle pour la victime et qu'il ne s'agit pas d'une victime de bas âge. » (R. c. Didier, 2005 CanLII 56812 (QC CQ), par. 13-15), par. 14).

« [...] le préjudice ou le risque de préjudice constitue un facteur déterminant dans l'appréciation de la gravité ou du caractère fautif du comportement interdit. *Le préjudice découlant d'un comportement attentatoire, c'est-à-dire un comportement portant atteinte aux droits et libertés de personnes identifiables, est quelque chose d'évident et la difficulté consiste habituellement à déterminer son étendue. Ce préjudice dicte généralement la sévérité de la peine ou la qualification de l'infraction ainsi que le degré de mens rea nécessaire pour établir la culpabilité.* » (R. c. Malmo-Levine, 2003 R.C.S. 694, par. 235).

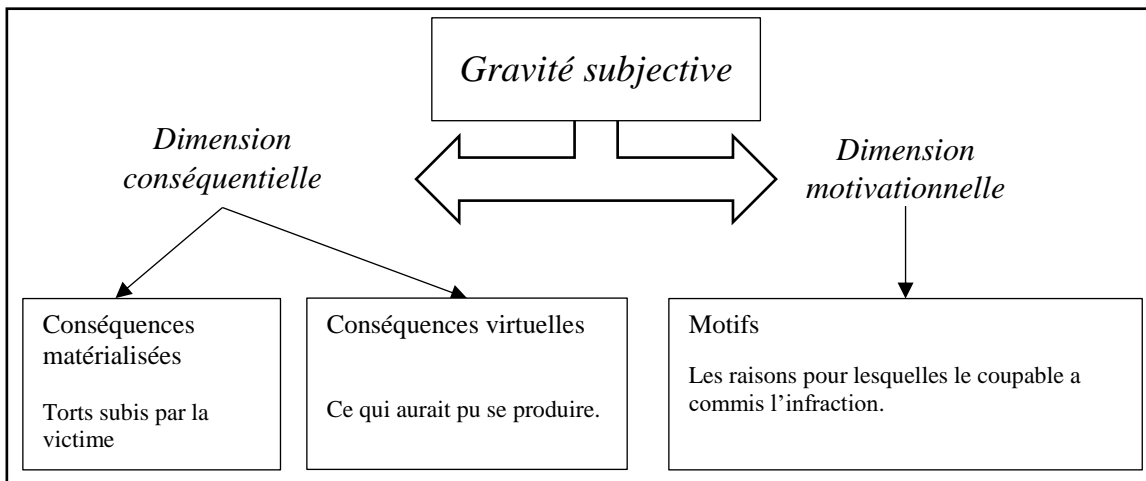
Les inputs des victimes à l'égard des torts qu'elles ont subis sont accueillis comme de l'information *juridiquement pertinente* au moment d'évaluer la gravité de l'infraction dans le procédé d'évaluation de la *gravité subjective*, soit la gravité qui s'évalue à partir de la *facticité* de l'infraction. À l'intérieur de cette gravité subjective, nous pouvons distinguer ce qui se rattache à la dimension conséquentielle de ce qui se rattache à la dimension motivationnelle de l'infraction.

Les informations concernant les séquelles, les torts, les conséquences subis par les victimes s'inscrivent à l'intérieur de la dimension conséquentielle de même que les conséquences *virtuelles*, c'est-à-dire celles qui ne se sont pas produites, mais qui auraient

pu se produire. Généralement, ces conséquences virtuelles sont prises en considération dans des situations où « le pire a été évité » ou lorsqu'elles ont été « prévisibles »¹³⁸.

Toujours sous la gravité factuelle, mais maintenant sous la dimension psychique, nous retrouvons les *motifs* de l'accusé. Les motifs concernent les *raisons* pour lesquelles l'accusé a commis l'infraction.

Figure 6 - Les composantes de la notion de gravité subjective



Le lecteur aura compris que si les déclarations des victimes peuvent être intégrées dans le processus de détermination de la peine, c'est parce que la dimension conséquentielle du concept de gravité subjective permet d'accueillir ce genre d'inputs. La gravité subjective, qui rappelons-le, ne représente qu'une seule face du concept de *gravité de l'infraction*, agit comme une *structure d'accueil* pour les inputs des victimes qui décrivent les conséquences qu'elles ont dû subir à la suite de l'infraction. Dans l'ensemble, les deux procédés d'évaluation de la gravité des infractions, tel qu'ils sont distingués par

¹³⁸ Cela est notamment le cas dans l'affaire *Belfoy* : « [...] L'horreur et la brutalité des gestes commis *qui auraient pu être fatales pour la victime n'eurent été de l'intervention de M. McKinley; [...]* » (*R. c. Belfoy*, 2018 QCCQ 3025 (CanLII), par. 93).

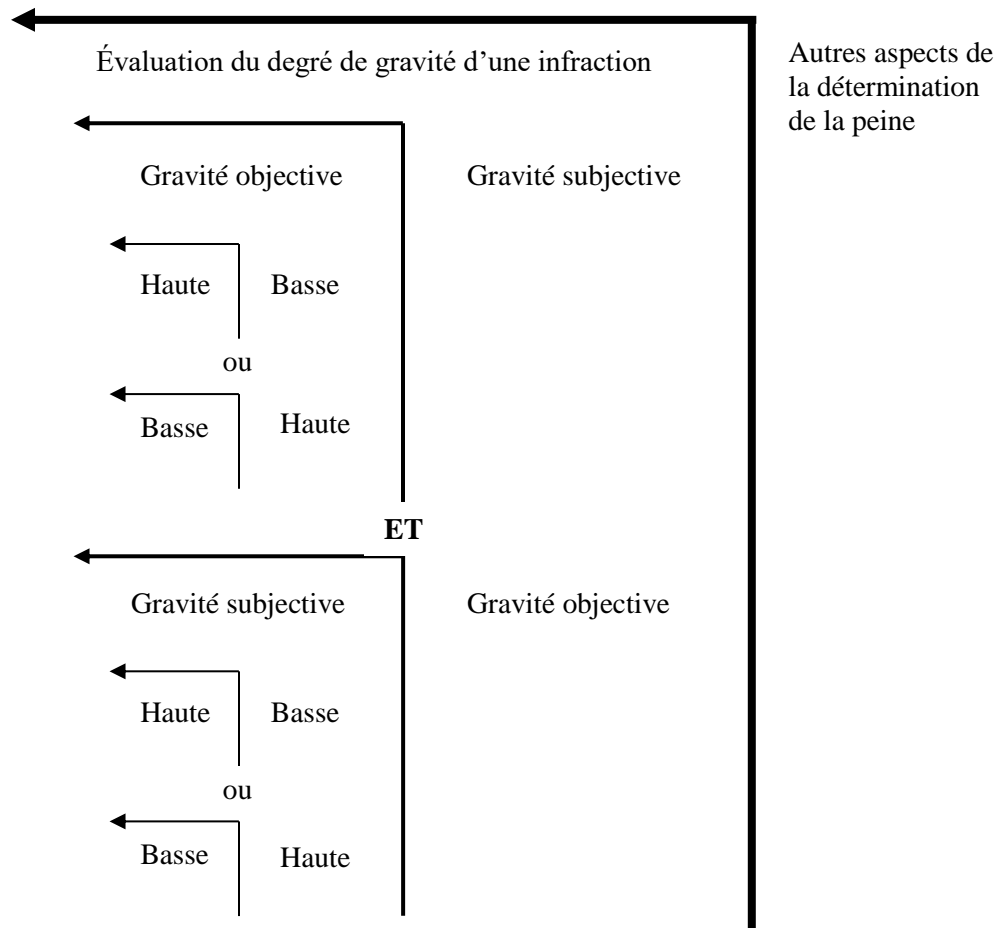
les tribunaux, amènent ces derniers à déterminer si le niveau de gravité est faible ou élevé dans chaque cas:

« La *gravité objective* est par rapport à la peine maximale prévue par le législateur pour l'acte reproché. Le juge doit soupeser la place qu'occupe tel acte, au niveau de la peine, dans la hiérarchie des infractions prévues au Code criminel, alors que pour la *gravité subjective* de l'infraction, *le juge doit s'attarder à la façon dont le crime a été commis*. Dans tous les cas, le juge doit déterminer à quel niveau se situent ces deux types de gravité : élevé ou bas. » (R. c. *Kapanga*, 2015 QCCM 106 (CanLii), par. 28; nos itlaiques).

Nous pouvons représenter les distinctions employées par la cour municipale dans la décision *Kapanga* à l'aide d'un schéma d'observation inspiré des remarques épistémologiques du chapitre méthodologique. Ce que la figure 7 (à la page suivante) met en exergue, ce sont les distinctions mobilisées par les tribunaux pour évaluer le degré de gravité d'une infraction. Elle nous renvoie à l'intérieur du processus d'évaluation de la gravité des infractions par opposition à d'autres aspects du processus de la détermination de la peine. Cela est représenté par la plus grande flèche courbée située à la droite du schéma. À l'intérieur de la face « évaluation du degré de gravité de l'infraction », la distinction directrice est bien entendu celle qui oppose la *gravité objective* et la *gravité subjective*. Il est important de noter la mention « ET » figurant au centre du schéma indiquant que *gravité objective* et *gravité subjective* sont *complémentaires* et non mutuellement exclusives. Lorsqu'une des options est sélectionnée, cela n'entraîne pas l'exclusion¹³⁹ de l'autre. Avec l'aide du temps, les tribunaux évaluent l'une des deux gravités et procèdent ensuite à l'évaluation de l'autre.

¹³⁹ À partir des remarques épistémologiques de Luhmann sur l'observation, nous pouvons dire que la face non sélectionnée de la distinction est constitutive de l'observation et qu'il s'agit même d'une condition nécessaire à l'observation.

Figure 7 - L'observation de la gravité d'une infraction par les tribunaux



La figure 7 fait également ressortir les conclusions auxquelles les tribunaux peuvent aboutir au terme de leurs exercices. Il est à noter que ce schéma d'observation évacue complètement la possibilité d'attribuer une valeur négative à la notion de gravité, c'est-à-dire que la possibilité d'observer une infraction comme *n'étant pas grave se retrouve évacuée du cadre d'observation*¹⁴⁰. Dans tous les cas poursuivis, l'infraction sera

¹⁴⁰ Ce cadre d'observation de la gravité des infractions suggère que les conflits perçus par le politique et le droit comme non graves se retrouveraient nécessairement à l'extérieur du système de justice pénale. Cela suggérerait que le ministère public et les procureurs, par un glissement de rôle avec les juges, procéderaient à une évaluation préliminaire de la gravité des conflits. Sans perdre de vue que plusieurs autres raisons peuvent être évoquées pour ne pas poursuivre une affaire en justice (manque de preuve, pressions sociales, etc.) on peut supposer qu'une certaine proportion des conflits qui ne sont pas poursuivis pourrait représenter ceux qui n'ont pas été perçus comme étant graves.

nécessairement *grave*. Par conséquent, nous pouvons dire que la question à laquelle les tribunaux tentent de répondre durant l'évaluation de la gravité n'est pas celle de savoir si l'acte illégal commis est grave ou non, *mais plutôt d'identifier le degré de gravité de l'acte en postulant que celui-ci est nécessairement grave*. Ainsi, lorsque les tribunaux déterminent la gravité objective, ils peuvent constater soit une gravité objective *élevée* ou une gravité objective *peu élevée*. La même chose s'observe lorsqu'ils se tournent vers la gravité subjective. Celle-ci peut être soit *haute*, soit *basse*.

Les *inputs victimaires* mettant en exergue les conséquences du crime sur les victimes représentent de l'information *pertinente* pour établir le degré de gravité d'une infraction. On comprend mieux en quoi les juges trouvent les déclarations des victimes *utiles* lors de la détermination de la peine (Roberts et Edgar, 2006; Dubé et Garcia, 2019). Cette façon d'observer la gravité de l'infraction signifie également qu'une infraction peut être *objectivement grave ET subjectivement peu grave* et vice-versa. Dans l'affaire *Ramla*, le tribunal a déterminé que le harcèlement criminel de l'accusé à l'égard de sa conjointe était « *objectivement peu grave* », mais *subjectivement grave* :

« La gravité objective s'évalue généralement en fonction de la peine maximale prévue par le législateur. Or, s'agissant ici d'une accusation de harcèlement criminel poursuivie par voie sommaire, la peine maximale est de six mois d'emprisonnement. L'infraction à sanctionner se situe donc, au titre de la gravité objective, tout au bas de l'échelle : elle est objectivement peu grave.

Il en va cependant autrement de la gravité subjective. *La façon dont, en l'espèce, l'infraction a été commise la rend en effet subjectivement grave* : les gestes reprochés à monsieur Ramla se sont échelonnés sur une longue période de temps et s'inscrivent dans un continuum de mesures d'intimidation qui ont rattrapé madame Chabani [la victime] non seulement jusque chez elle ou auprès de ses enfants, mais aussi à l'hôpital et à l'école de ses enfants. » (*R. c. Ramla*, 2016 JQ 3070, par. 140-141).

Il peut sembler paradoxal d'affirmer qu'une seule et même situation soit à la fois « peu grave » et « très grave ». Cependant, cela n'est pas observé comme un paradoxe par les tribunaux. Pour saisir comment une seule et même infraction peut à la fois être grave et

peu grave, il faut se demander ce que les tribunaux observent dans chaque face. Toujours à partir de l'affaire *Ramla*, nous pouvons voir, en ce qui concerne la gravité objective, que le tribunal détourne son attention des faits rattachés à l'affaire. Il se tourne vers un indicateur abstrait qui est, dans le cas qui nous occupe, la peine maximale prévue pour l'infraction de harcèlement criminel. L'utilisation de l'expression « indicateur abstrait » ne nous semble pas exagérée puisqu'il aurait suffi que le harcèlement criminel ait été poursuivi par mise en accusation criminelle pour que sa *gravité objective* augmente sans changer les conditions matérielles de l'infraction¹⁴¹. Ces conditions matérielles de l'infraction, ce n'est qu'au moment d'évaluer la gravité subjective que le tribunal les considère. En effet, si nous portons notre attention sur ce que le tribunal considère dans son évaluation de la gravité subjective dans *Ramla*, nous voyons que c'est l'effet global du harcèlement criminel sur la victime qui est considéré. Autrement dit, c'est la dimension matérielle de l'infraction qui amène le juge à la percevoir comme étant *subjectivement* grave. Pour le tribunal dans l'affaire *Ramla*, il se trouve alors face à une infraction *objectivement peu grave* qui, dans la manière dont elle a été commise, incluant les effets

¹⁴¹ Dans la décision *R. c. C.C.* (2018), le procureur de la couronne avait accusé un père de famille d'avoir séquestré sa fille de huit ans à la table de la cuisine pendant 13 heures parce qu'elle refusait de manger ses choux de Bruxelles. Au départ, la poursuite avait accusé le père pour séquestration par mise en accusation criminelle (dix ans d'emprisonnement), mais le père a plaidé coupable pour la même infraction, mais poursuivie par voie sommaire (18 mois d'emprisonnement). Sans que les faits rattachés à l'infraction aient changé, le degré de gravité objective est passé d'élever à faible. D'ailleurs, le juge a perçu cette manœuvre du procureur comme étant curieuse puisqu'elle indique un « manque de cohérence »: « [55] Or, si l'exercice de cette discrétion par le Poursuivant lui appartient en exclusivité et s'il ne doit pas être questionné, *il n'en demeure pas moins qu'il traduit la façon dont le Ministère public perçoit le dossier.* Aussi quand, comme c'est le cas ici, il porte l'accusation par acte criminel, mais accepte un plaidoyer de culpabilité à l'infraction sommaire, il fait son lit. *D'objectivement grave à l'origine – puisque l'acte criminel de séquestration emportait une peine maximale d'emprisonnement de 10 ans –, l'infraction sommaire de séquestration à laquelle monsieur C... a finalement plaidé coupable, et qui est punissable par une peine maximale d'emprisonnement de 18 mois, paraît maintenant objectivement beaucoup moins grave.* Un tel choix procédural complique la tâche du Ministère public quand, dans ses représentations sur sentence, il soutient que l'infraction est très grave : cela pose un problème de cohérence dans l'approche du dossier. » (*R. c. C.C.*, 2018 QCCQ 3610, par. 55).

de l'infraction sur la victime, est très grave : une catégorie d'infraction objectivement peu grave commise de manière subjectivement très grave.

Maintenant que nous avons exposé le cadre d'observation du concept de gravité de l'infraction par les tribunaux et identifié la structure d'accueil des *inputs victimaires relatifs aux torts subis par les victimes*, nous pouvons nous tourner vers l'usage proprement juridique qu'en font les tribunaux dans l'évaluation du degré de gravité.

3.2.2. La construction de la gravité de l'infraction et les victimes

Comme nous avons pu le constater dans le chapitre précédent, les conséquences du crime sur la victime peuvent être très variées. Nous avons pu distinguer entre les atteintes à l'intégralité physique, les atteintes à l'intégrité sexuelle, les atteintes à l'intégrité psychologique et les conséquences financières¹⁴². Notre objectif est celui de savoir comment cette variété de conséquences du crime sur la victime se transpose dans la détermination de la peine. Par rapport à cet objectif, notre analyse a révélé que la tendance forte est que les conséquences du crime se transposaient en circonstances aggravantes, et ce de manière indépendante de la nature des torts subis. Les conséquences du crime sur les victimes constituent un ascenseur à sens unique qui milite pour l'aggravation de l'infraction¹⁴³.

Nous aurions pu illustrer notre propos à partir de nombreux exemples, mais nous avons préféré faire preuve d'économie afin d'éviter la redondance en sélectionnant

¹⁴² Nous avons également distingué les conséquences découlant des procédures judiciaires, décrites comme la victimisation secondaire.

¹⁴³ Les seules manières par lesquelles la victime peut atténuer la gravité d'une infraction c'est lorsque la victime *provoque* l'accusé et lorsque la victime demande au tribunal de faire preuve de clémence. Dans le premier scénario, la provocation de la victime atténue la culpabilité morale de l'accusé. Quant au deuxième cas, lorsque la victime demande la clémence, nous allons en discuter au prochain point (3.3.1.3).

quelques énoncés représentatifs de la tendance observée. L'un des énoncés provient de l'arrêt *McCraw* (1991) qui met en exergue une reconnaissance des torts psychologiques des victimes de viols et de menace de viols. Dans l'autre énoncé, il s'agit d'une décision impliquant une victime de voies de faits graves dans laquelle le juge tient compte des nombreuses conséquences que la victime a subies et qu'elle introduit en vertu de sa déclaration de la victime. Les conséquences physiques, psychologiques et financières y figurent.

Dans l'arrêt *McCraw*, la Cour suprême du Canada établit que les agressions de nature sexuelle sont, par défaut, des infractions plus graves que les agressions non sexuelles. Ainsi, sur le plan judiciaire, cette reconnaissance des torts subis s'est traduite en attribuant, aux infractions de nature sexuelle, une gravité inhérente à l'acte:

« Examinons une menace de viol en termes généraux, sans tenir compte du texte précis des lettres. *La violence est inhérente à l'acte de viol. L'élément de sexualité aggrave l'atteinte physique causée par une agression. L'agression sexuelle a un effet plus important sur la victime qu'une agression qui n'est pas de nature sexuelle. C'est ce que traduisent les dispositions punitives relativement à l'agression sexuelle qui sont beaucoup plus sévères que pour des agressions qui ne sont pas de nature sexuelle.* De plus, cette situation est soulignée par le fait que la définition de « sévices graves à la personne » à l'art. 752 du *Code* comprend la perpétration ou la tentative de perpétration d'agressions sexuelles. Le législateur a donc reconnu la gravité de l'agression sexuelle ».

« [36] La preuve et la déclaration de la victime font état des circonstances aggravantes suivantes à l'endroit de la victime. [37] Elle a été hospitalisée trois jours et elle a dû subir des traitements médicaux délicats. [38] Elle a vu du sang couler de son ventre et elle a eu peur. [39] Les séquelles psychologiques infligées à la plaignante qui a frôlé la mort risquent de perdurer un certain temps. [40] Elle éprouve encore de l'anxiété et elle a de la difficulté à se concentrer. [41] Elle a de la difficulté à dormir et elle fait des cauchemars. [42] Elle a eu des douleurs respiratoires importantes et des maux de tête épouvantables et elle éprouve encore des douleurs à l'abdomen. [43] Elle a subi des lacérations à la main. [44] Elle a une cicatrice permanente au ventre. [45] Elle a dû prendre cinq jours dans sa banque d'assurance maladie, lesquels ne pourront être monnayés avec son employeur, d'où une perte financière de 1 100 \$. » (*R. c. Alonso*, 2012 QCCQ 7919 (CanLII), par. 36-45).

Il est à noter que dans *Alonso*, les torts subis par la victime découlent d'un état d'esprit « coupable », c'est-à-dire que l'accusé, en poignardant la victime, a voulu

délibérément commettre ce geste et causer des lésions corporelles à la victime. La culpabilité morale du contrevenant varie en fonction du degré avec lequel les torts causés aux victimes peuvent lui être imputés (Lippke, 2003, 133). Plus les conséquences découlent de la volonté de l'agent, plus sa culpabilité est élevée et, inversement, plus les conséquences découlent du hasard ou de quelque chose lui étant externe, moins la culpabilité du contrevenant est forte¹⁴⁴. Il est également à noter que dans *Alonso* chaque paragraphe évoque une conséquence distincte que l'infraction a eue sur la victime et que chacune de ces conséquences prend la forme d'une circonstance aggravante. Ce qu'il faut observer à partir de cet énoncé, qui est représentatif de ce que nous avons pu observer à l'intérieur de notre corpus empirique, c'est que dans le processus d'évaluation de la gravité des infractions, les conséquences du crime sur la victime, malgré leur nature divergente, subissent toutes le même processus de mise en forme : chaque conséquence, bien que différente, est transformée en une circonstance aggravante.

Suivant ce constat, la question qui émerge est celle du *filtre* qui rend ces conséquences hétérogènes « homogènes ». Précédemment (au premier chapitre, à la section 1.2.2.3.5), nous avons vu que les théories de la peine formant la rationalité pénale moderne orientaient la pratique judiciaire dans le contexte de la détermination de la peine. Parmi ces théories de la peine, celle qui permet aux tribunaux de traduire les torts subis par les victimes en circonstances aggravantes est la théorie de la rétribution. Cette dernière, qui a ressurgi sous la forme du « juste dû » ou le *justice model* au cours des années 1970 (von Hirsch, 1990; Pires, 1990), promeut que le coupable soit puni par la peine qu'il mérite, ce qui revient à agencer de manière proportionnelle la peine avec la gravité de l'infraction.

¹⁴⁴ Parfois, les tribunaux font des erreurs d'observation qui les amènent à augmenter illusoirement la culpabilité des contrevenants.

Comme nous venons de le voir, celle-ci s'évalue à partir de la culpabilité morale du coupable et des conséquences du crime sur la victime (Starkweather, 1992, 857; Sommers, 2016, 328; Sebba, 2000, 61; Erez, 2000, 166). Selon le modèle pur du juste dû,¹⁴⁵ la gravité de l'infraction constitue la porte d'entrée pour l'intégration des conséquences du crime sur les victimes dans le processus de détermination de la peine. Bien qu'elle mettait l'accent sur la culpabilité morale du coupable, la Cour suprême du Canada indiquait dans *M.(C.A.)* que le « châtement » devait également refléter le préjudice que le contrevenant avait causé¹⁴⁶. Cela nous démontre qu'un décalage s'est produit entre le rétributivisme classique (Henderson, 1985, 999) et les pratiques judiciaires canadiennes. Chez Kant, seule la culpabilité morale (*internal wickedness*) de l'accusé pouvait influencer la gravité d'une infraction (Kant 1790 cité par Haist, 2009, 795). Dans la jurisprudence canadienne, cependant, l'évaluation de la gravité de l'infraction s'est élargie pour y inclure les conséquences du crime sur les victimes et leurs proches¹⁴⁷. Cette prise en compte des torts subis par les victimes a d'ailleurs été caractérisée comme une forme d'« individualisation » de la victime (Erez, 2000; Sebba, 2000).

La prise en compte des torts subis par les victimes dans l'évaluation de la gravité de l'infraction est compatible avec la perspective de *juste dû*. À l'intérieur de cette perspective, les torts subis par les victimes représentent un type particulier de conséquences

¹⁴⁵ Nous faisons référence aux perspectives du *juste dû* qui évacue complètement les objectifs utilitaristes dans les justificatifs de la sanction (von Hirsch, 1992, 56; 2009, 121). Une perspective du *juste dû* classique en est une qui joue un rôle prédominant dans la détermination de la peine. Les autres perspectives mixtes acceptent que le principe de proportionnalité soit mis de côté pour des fins utilitaristes (Ibid.).

¹⁴⁶ Au paragraphe 81, la Cour suprême précisait que « [...] le châtement se traduit par la détermination objective, raisonnée et mesurée d'une peine appropriée, reflétant adéquatement la culpabilité morale du délinquant, compte tenu des risques pris intentionnellement par le contrevenant, du préjudice qu'il a causé en conséquence et du caractère normatif de sa conduite. [...] » (R. c. *M.(C.A.)*, 1996 1 R.C.S. 500, par. 81; notre souligné).

¹⁴⁷ Depuis l'adoption de la *Charte canadienne des victimes d'actes criminels*, les conséquences du crime sur la collectivité sont également prises en compte notamment à travers le *Community impact statement*.

causées par l'infraction. Les torts causés aux victimes ne constituent qu'une variable à considérer parmi d'autres.

3.2.3. Les torts subis par les victimes... une nouveauté?

Dans l'affaire *Morgan*, la Cour de Terre-Neuve et du Labrador rappelle que la prise en compte des torts des victimes dans la détermination de la peine s'effectue depuis longtemps:

« Victim Impact Statements have provided an important addition to the usual considerations judges must take into account in sentencing hearings. *Judges have always had an obligation to take into account the effect of crimes on victims. Crown submissions have always included consideration of the effect of crimes on victims.* [...] What has changed since 1995 is the addition of a new method of presenting these effects in court. Complainants and victims since 1995 have had the right to submit Victim Impact Statements. Since at least 2000, victims have had the right to read their statements, if they make a request to do so, as set out in section 722(2.1) [...] » (*R. v. Morgan*, 2016 canlii 60965 (NLPC), par. 12).

Que ces informations sur les conséquences du crime soient introduites par le procureur, l'agent de probation (par son rapport présentenciel) ou par la victime elle-même, une fois qu'elles sont transmises au tribunal, elles font désormais partie de l'univers factuel de l'infraction¹⁴⁸ sur laquelle le tribunal doit¹⁴⁹ s'appuyer pour s'acquitter la tâche de déterminer la peine. Suivant cet énoncé, il n'y aurait nul doute que les informations contenues dans les déclarations des victimes s'avéraient utiles pour les tribunaux dans le cadre de la détermination de la peine. Par ailleurs, la seule nouveauté marquée dans la relation entre le système judiciaire et les victimes serait, selon la cour de Terre-Neuve et

¹⁴⁸ Évidemment, ces informations sont soumises aux normes de procédure entourant la preuve. Si les faits avancés sont contestés, ces derniers doivent alors être prouvés hors de tout doute raisonnable. S'ils ne sont pas contestés, ils obtiennent dès lors le statut de fait établi par la preuve.

¹⁴⁹ Rappelons que le juge a l'obligation de tenir compte du contenu des déclarations des victimes en vertu de l'article 722 du *Code criminel*.

Labrador, le véhicule à travers lequel ces informations concernant les torts des victimes parviennent au tribunal. Il faut procéder ici à l'examen de cet énoncé et le situer dans le contexte global dans lequel il a été produit.

Il faut se souvenir que le système judiciaire a été sévèrement critiqué par divers mouvements sociaux au cours des années 1970 pour la *victimisation secondaire des victimes* à laquelle il participait (voir chapitre théorique). Il faut également rappeler qu'en juillet 2015, le projet de loi C-32 visant à créer une *Charte des droits des victimes* a obtenu la sanction royale. Les faits entourant l'affaire *Morgan* se produisent en janvier 2015 et la décision est rendue en septembre l'année suivante (2016). Il s'agit d'une décision qui a été produite dans l'effervescence entourant la *Charte des victimes*. Il ne nous paraît pas déraisonnable de penser que l'énoncé précédent ait une portée à la fois informationnelle et *identitaire*. Ce que nous suggérons c'est l'idée selon laquelle la Cour de Terre-Neuve et du Labrador avait possiblement l'objectif plus ou moins conscient de définir l'image du système judiciaire en affirmant, dans un contexte d'effervescence à l'égard des victimes et de leurs droits, que les tribunaux ont toujours pris en considération l'effet du crime sur la victime. Cependant, en adoptant ce discours, le tribunal réduit les développements entre le système judiciaire et la victime à l'apparition de la *déclaration de la victime et à son caractère obligatoire depuis 1995*. Ainsi, d'après cette observation, qui est celle de la Cour de Terre-Neuve et du Labrador, la seule nouveauté concernant la relation entre le système judiciaire et les victimes serait le véhicule par lequel cette information est transmise au tribunal.

Nous croyons que de limiter la nouveauté à la déclaration de la victime est réducteur et que cela fait abstraction d'un développement majeur dans la relation système judiciaire-

victime dans le contexte de la détermination de la peine. Les conséquences abstraites sont impersonnelles, dissociées d'une victime concrète et, par le fait même, associées aux victimes anonymes (abstraites). Par exemple, pour les voies de fait grave, les conséquences abstraites sont des lésions corporelles. On ne sait pas quel type de lésion, ni à quel endroit elles ont touché la victime. Nous ne savons seulement que cette infraction produit ce type de conséquence chez les victimes. À travers la déclaration de la victime, il en va tout autrement. La victime informe le tribunal sur la nature des lésions et à quel endroit elles sont survenues. Nous ne sommes plus dans l'abstraction, mais bien dans le concret : monsieur ou madame *x* a reçu des coups au visage, ce qui a causé des ecchymoses et des lacérations au niveau de telles parties de son corps. Par ailleurs, les déclarations de la victime permettent d'introduire des conséquences qui autrement auraient difficilement pu être prises en compte. Par exemple, si pour les voies de fait, il est assez aisé de se représenter les conséquences de lésions corporelles, il l'est moins de se représenter le fait que ce type d'infraction puisse causer des conséquences psychologiques comme de l'anxiété, de l'insomnie, etc. En d'autres termes, l'hypothèse que nous émettons est que le discours des victimes à travers leurs déclarations ajouterait une *plus-value* qui est celle de la *reconnaissance des victimes*. Cette reconnaissance s'effectuerait non seulement par la reconnaissance des torts qu'elles ont subis, mais par la reconnaissance de leur caractère *singulier* ou *individuel*. Nous soumettons l'hypothèse que la déclaration de la victime ne constitue pas seulement qu'un simple véhicule pour transmettre une information que les tribunaux pourraient de toute façon déjà obtenir par d'autres moyens, mais une condition de possibilité pour institutionnaliser des formes de reconnaissance, dont la reconnaissance de la singularité ou de l'individualité des torts subis par les victimes.

Nous pouvons illustrer nos propos à partir de l'affaire *Guértin* qui met en scène un père de famille qui a plaidé coupable pour avoir omis de fournir les choses nécessaires à l'existence (art. 215(3)(a), *Code criminel*). La victime est son propre enfant âgé de 34 mois et demi. Quelques jours avant le décès de l'enfant, celui-ci était fatigué et ne mangeait pratiquement pas. Il éprouvait de la difficulté à se tenir en équilibre et des taches rouges sont apparues sur le corps quelques jours avant le décès de l'enfant. Devant ces symptômes, l'accusé a tenté d'appeler son propre grand-père pour que ce dernier aille consulter auprès d'un médecin. N'obtenant pas de réponse de son grand-père et croyant que les symptômes s'estomperaient d'eux-mêmes, l'accusé n'entreprend aucune autre démarche pour prodiguer des soins à son enfant. Observons maintenant la place que va accorder le tribunal à la victime avant d'arriver à déterminer la sanction de l'accusé:

« [40] Le Tribunal doit retenir les facteurs aggravants et les séquelles causées non seulement à l'enfant, mais également aux grands-parents. [41] Il s'agit d'un crime qui constitue un mauvais traitement à l'égard d'une personne vulnérable : l'enfant n'avait que 34 mois et demi au moment des événements. » (*R. c. Guértin*, 2016 QCCQ 11256, par. 40-41).

D'abord, notons comment le tribunal met les séquelles causées à l'enfant et aux grands-parents en évidence. En principe, comme nous avons pu le voir précédemment, les conséquences subies par les victimes sont interprétées comme des facteurs aggravants notamment à travers le filtre de la théorie de la rétribution. Dans l'énoncé ci-haut, le tribunal les met bien en évidence et ne se contente pas de les subsumer aux catégories plus générales de facteurs aggravants ou de circonstances aggravantes. Ensuite, dans le paragraphe qui suit immédiatement, le tribunal mentionne le facteur aggravant de la vulnérabilité de la victime, qui lui-même est doublé du facteur aggravant du jeune âge de

la victime. À partir de ces deux paragraphes, nous pouvons constater que le tribunal accorde un poids considérable à la victime dans la détermination de la peine : un paragraphe sur la vulnérabilité et l'âge de l'enfant décédé, un autre sur les conséquences de la mort de l'enfant sur les grands-parents. *A priori*, nous pouvons y voir qu'une simple manière de s'exprimer. Cependant, la tendance ne s'arrête pas là, car, quelques paragraphes plus loin, le tribunal poursuit :

« [48] *En tenant compte des circonstances aggravantes prévues à l'article 718.2 et des séquelles importantes subies par la victime et les victimes collatérales*, le Tribunal considère que la peine doit être porteuse d'un message de réprobation envers ces comportements. [49] Être parent impose des devoirs, des obligations et des responsabilités qu'un adulte doit assumer. » (*R. c. Guérrin*, 2016 QCCQ 11256, par. 40-41).

Dans cet extrait, le tribunal est en train d'indiquer que les torts subis par les victimes, soit la mort de l'enfant et le vide vécu par le reste de la famille comme le grand-père de l'accusé, justifient que la peine soit porteuse d'un message. Nous pouvons alors observer un rapprochement entre les victimes et l'objectif de la dénonciation. Le message en question est celui de rappeler que le rôle de parent vient avec des devoirs, des obligations et des responsabilités qui doivent être assumés par l'adulte. Ce qu'il faut retenir de ce dernier énoncé, c'est que les torts subis par les victimes sont venus *valoriser un objectif de la peine en particulier au détriment d'autres objectifs juridiquement considérés tout aussi légitimes*. Rappelons que cette décision a été rendue après que l'objectif de *dénoncer l'acte illégal* (art. 718(a), *Code criminel*) eut été élargi pour y inclure désormais la dénonciation des « torts subis par la victime et la collectivité ». En observant les débats parlementaires autour du projet de loi C-32 (*Chartes des victimes*), les auteur(e)s Dubé et Garcia (2017b, 12) tracent une distinction entre « dénoncer le crime » et « reconnaître les torts subis par les victimes ». Ce n'est qu'à partir de cette distinction qu'il devient possible d'observer les

traces d'une théorie de la reconnaissance victimaire *au sein du politique* dans le processus de *création* de la loi pénale. À partir de Dubé et Garcia (2017b), nous pouvons interpréter la visibilité accordée aux torts des victimes et la valorisation de la dénonciation de ces torts comme une forme de reconnaissance que le tribunal serait en train d'institutionnaliser. Dit autrement, l'objectif de dénonciation élargi comporterait en fait deux objectifs de la peine : *dénoncer* l'acte répréhensible qui a été commis et *reconnaître* les torts subis par les victimes.

3.2.4. Un nouveau mécanisme de construction de la gravité?

La déclaration de la victime ne se limiterait plus à un simple moyen pour *informer les tribunaux des conséquences du crime sur les victimes*, mais également une *condition nécessaire à la reconnaissance des victimes, reconnaissance qui s'effectue dans ce cas-ci par la considération des torts subis par les victimes et leurs proches*. Certes, il est possible que les conséquences du crime sur les victimes aient toujours fait partie des considérations des tribunaux dans le contexte de la détermination de la peine, mais voilà que la déclaration de la victime ajoute une *plus-value* : la reconnaissance de la singularité des torts subis par les victimes. Du coup, la mise en forme des torts subis par les victimes en tant que circonstances aggravantes pourrait être perçue comme une forme de reconnaissance des torts. La sévérité de la peine peut jouer, à ce niveau, le rôle d'un équivalent fonctionnel. Pour le moment, il faut souligner que la valorisation de la reconnaissance des victimes ne se rattache à aucune des théories classiques de la peine ayant formé la RPM. Par rapport à notre hypothèse d'une nouvelle théorie de la peine « victimaire », l'individualisation des torts, la mise en relief des torts subis par les victimes par rapport aux facteurs aggravants

en général, leur individualisation et leur complexification (reconnaissance d'une plus grande variété de torts) pourraient être le symptôme d'un mécanisme de construction de la gravité de cette prétendue théorie de la peine « victimaire ».

Entre temps, précisons que nos observations à l'égard de la réception des torts subis par les victimes dans la détermination de la peine corroborent les observations de Dubé et Garcia (2019) à partir des entretiens qu'ils ont menés avec des juges canadiens. Selon les auteur(e)s, la mobilisation des déclarations des victimes dans l'évaluation de la gravité de l'infraction constitue la limite de l'intégration des victimes dans le processus de détermination de la peine. Par conséquent, lorsque les tribunaux affirment « avoir pris en considération la déclaration des victimes ou avoir reconnu les torts subis dans la détermination de la peine », il faut alors comprendre que ces torts ont été mobilisés dans l'évaluation de la gravité de l'infraction (Ibid.).

Par contre, lorsque nous considérons la jurisprudence, les déclarations des victimes sortent largement de ce cadre. Par conséquent, les informations qui sont transmises au tribunal par la victime apparaissent bien plus variées que ne le laissent paraître le discours des juges interviewés et le *Code criminel*. À bien des égards, les victimes utilisent leurs déclarations pour formuler des attentes, en l'occurrence des attentes victimaires. Comment les tribunaux réagissent-ils face à ces attentes? C'est l'objet des prochains développements (3.3 à 3.6). La question est importante parce que la prise en compte des attentes victimaires dans le processus de détermination de la peine pourrait constituer une autre forme de reconnaissance des victimes.

3.3. De la répression à la clémence : la réception juridique des attentes victimaires à l'égard de la peine

Ce qui nous intéresse dans cette sous-section, c'est la manière par laquelle le SDC va se positionner par rapport aux inputs victimaires qui sont *juridiquement dévalorisées*. Nous faisons référence aux attentes des victimes à l'égard de la peine. Nous les qualifions comme telles parce que le législateur a pris la peine de préciser dans la loi que les victimes ne pouvaient soumettre au tribunal que de l'information concernant les *conséquences que le crime a eues sur les différents aspects de leur vie*, et non sur leurs préférences en termes de peine. Nous cherchons à savoir si ces inputs constituent de l'information *juridiquement* pertinente pour le système lors de la détermination de la peine.

Dans le contexte d'une société fonctionnellement différenciée, il faut considérer que l'autonomie du système juridique par rapport au système politique lui permet de s'approprier une loi à sa manière. Dans la création de la loi, le Législateur peut toujours la créer avec une intention particulière, mais rien ne garantit que cette intention se transposera dans la pratique judiciaire, car au final, c'est le programme interne du système judiciaire qui va déterminer si une perturbation environnementale se transformera en information et non le système politique. En tant que perturbation environnementale du système judiciaire, l'intention du Législateur ne constitue qu'une « stimulation » qui sera « digérée » à la façon du système judiciaire (Raiser, 1989, 129). Cela signifie que nous pouvons raisonnablement anticiper des écarts entre les lois créées par le politique et leurs mises en application par le judiciaire¹⁵⁰. Même si ces *inputs* victimaires sont perçus comme étant *illégitimes* du point

¹⁵⁰ Cela dit, notre objectif n'est pas celui de démontrer un écart entre la loi et son application par les tribunaux. Nous visons plutôt à produire une théorie descriptive des mises en forme des attentes victimaires à l'égard de la peine.

de vue du système politique, ils peuvent néanmoins s'avérer *légitimes* d'un point de vue juridique. D'ailleurs, le fait que nous ayons pu trouver suffisamment de matériel empirique pour le bien de cette section suggère que ces *inputs* ne constituent pas du *bruit*, puisqu'ils ont visiblement amené le système judiciaire à se positionner par rapport à eux. Si ces *inputs* ne correspondent pas à du bruit, nous pouvons logiquement déduire qu'ils représentent de *l'information* pour le système, et par conséquent, qu'ils ont une certaine *pertinence*. Reste à clarifier de quel type de *pertinence* il s'agit.

Nous pouvons faire un bout de chemin à partir de la distinction analytique que la théorie des systèmes introduit entre les *auto-observations* et les *auto-descriptions*. Dans un cas comme dans l'autre, nous faisons face à des opérations de communication qui sont effectuées par le système (Luhmann, 2002b, 177). Les *auto-observations* désignent par contre des opérations de bases, plus rudimentaires qui sont absolument nécessaires à la prise de décision concrète. Par exemple, pour déterminer si un *input victimaire* peut être considéré comme de l'information pertinente pour déterminer la nature de la sanction—autrement dit prendre une décision par rapport à cet enjeu—le système judiciaire va s'appuyer sur les opérations (ou communications) qui ont déjà été effectuées à partir d'autres cas. Les auto-observations génèrent des programmes, c'est-à-dire des structures qui orientent les opérations futures du système judiciaire. Ces structures orientent le système judiciaire à prendre des décisions concrètes pour déterminer si un *input* quelconque peut être traduit en *information*. Nous pouvons dès lors cerner un premier type de *pertinence*, soit la *pertinence décisionnelle*.

Les *auto-descriptions*, contrairement aux auto-observations, correspondent à un type d'opérations plus complexes qui renvoient à une réflexion du système sur son identité.

Dans sa forme la plus simple, les auto-descriptions peuvent correspondre à l'attribution d'un nom au système par le système lui-même, mais elles peuvent également prendre la forme de « textes » plus élaborés (Luhmann, 2002b, 177). Par exemple, Pires (2001a, 182) a démontré que le système de droit pénal s'est historiquement décrit comme un droit *répressif* et montré comment cette identité particulière oriente les décisions relatives à la sanction en favorisant les peines afflictives. Les auto-descriptions participent ainsi à la construction d'un récit identitaire sur base duquel le système peut coordonner « a multitude of such always event-like and situation-bounded self-observations » (Luhmann, 2002b, 177). Cette identité permet aux systèmes sociaux d'attribuer des thèmes à lui-même ou à l'environnement (Luhmann, 2002b, 175). Nous pouvons identifier la pertinence qui est intimement liée aux auto-descriptions comme étant une *pertinence thématique*.

Si nous récapitulons, nous avons distingué deux types de pertinence. Nous avons d'abord identifié une *pertinence décisionnelle* qui soulève un enjeu *opérationnel*. Un input pertinent au plan décisionnel est un input qui assure une connectivité avec les opérations précédentes et les opérations qui suivront. Nous avons ensuite identifié une *pertinence thématique* qui soulève un enjeu identitaire. Nous pouvons dire qu'un input a une pertinence thématique lorsqu'il amène le système à se positionner par rapport à un enjeu ou un thème.

Maintenant que ces propos préliminaires sont clos, nous pouvons amorcer l'analyse de la réception des attentes victimaires à l'égard de la peine. Nous allons observer la réception des attentes victimaires à l'égard de la peine qui se déclinent sur un axe allant de la répression à la clémence. Cette observation sera possible grâce à des décisions distinctes et indépendantes l'une de l'autre, mais qui, lorsque présentées dans un certain ordre,

produisent un continuum qui permet de visualiser les conditions d'inclusion et d'exclusion de ces inputs victimaires.

3.3.1. La réception des attentes victimaires à l'égard de la peine

Nous avons sélectionné huit décisions dans lesquelles les tribunaux soussignés sont amenés à réagir à une recommandation sur la peine où la victime demande: a) une peine sévère (*Nicholls* et *Moosva*); b) une peine « juste et équitable » (*Lépine*; *Tessier*; *Chicoine*) et c) une peine clémente (*Michaud*, *Perry* et *Deschênes*). Voyons maintenant plus en détail comment les tribunaux ont réagi à ces *inputs victimaires illégitimes*.

3.3.1.1. La réception des demandes de peines sévères

Par rapport aux attentes de peines sévères, la première chose que nous avons pu observer est l'étroite relation entre ces attentes et les références à la vengeance et aux risques qu'elle pose à la « bonne » administration de la justice. En effet, dans la plupart des cas où les victimes adoptaient une attitude punitive, les tribunaux sentaient le besoin de rappeler ou du moins d'explicitier que la vengeance n'avait rien à voir avec la détermination de la peine. Néanmoins, nous avons pu distinguer empiriquement deux tendances face aux demandes de peines sévères : soit les tribunaux les associent à la vengeance et les excluent, soit les tribunaux ne les associent pas à la vengeance et en tiennent compte. La première tendance est illustrée par l'affaire *Nicholls* et la deuxième tendance par l'affaire *Mooswa*.

Dans la décision *Nicholls*, le tribunal se montre ferme et associe les *inputs* à la vengeance, ce qui justifie leur évacuation du processus. À l'opposé, dans l'affaire *Moosva*, le tribunal va tenir compte des demandes provenant des victimes et y répondre avec les moyens dont il dispose. En fait, il va prononcer la peine la plus sévère qu'il pouvait rendre

selon le droit applicable et justifier son incapacité d'aller au-delà, non pas en évoquant la vengeance, mais plutôt en rappelant une contrainte sociojuridique.

Les faits au centre de l'affaire *Nicholls* concernent une altercation entre l'accusé et un groupe de jeunes de la région de Hamilton. L'accusé a poignardé l'un d'entre eux causant ainsi la mort de ce dernier. Peu avant le geste fatal, l'accusé avait été encerclé par le groupe de jeunes devant son domicile. Se sentant en danger et voulant se défendre, il déploya son couteau et assena vigoureusement des coups dans le vide afin de les effrayer. Les jeunes ont rétorqué avec des coups de barre de fer et sont parvenus à l'atteindre à quelques reprises. Voyant la scène de la maison, la mère de l'accusé appelle les autorités policières et laisse savoir au groupe de jeunes que les policiers sont sur le point d'arriver. Le groupe de jeunes prend aussitôt la fuite et l'accusé en profite pour les poursuivre, toujours armé de son couteau. C'est à ce moment précis que l'accusé parvient à rejoindre l'un d'entre eux et à le poignarder; la victime succombe à ses blessures. Dans le prétoire, le tribunal a reçu plusieurs déclarations des proches et amis de la victime décédée. La décision ne nous permet pas de prendre connaissance du contenu de ces déclarations, mais elle rapporte que la famille et les amis de la victime sont tristes, en colère, endeuillés et qu'ils demandent au tribunal d'imposer « une peine plus sévère ». Le tribunal explique que ces déclarations ne sont pas admissibles et que, par conséquent, elles ne peuvent pas être prises en considération par le tribunal pour déterminer la peine:

« In the case before the court, it is clear that the family, friends and community of friends of [the victim] are very sad and angry and grieving. However, to the extent that the victim impact statements speak to a wish for an increased penalty, or even go so far as to express a desire for vengeance, they are not appropriate and have been disregarded by this court. » (*R. v. Nicholls*, 2015 ONSC 8136, p. 16).

La réaction du tribunal est ici représentative de ce que nous avons pu observer ailleurs dans le corpus empirique: les inputs répressifs sont observés comme une forme de vengeance au sens d'une « menace externe ». Toutefois, nous ne pouvons pas conclure pour autant que la vengeance représente du *bruit* pour le tribunal ou plus généralement pour le SDC. Le *bruit*, contrairement à l'*information*, est inaudible pour le système et ne suscite aucune réaction, aucun débat, aucune prise de position de sa part. En fait, parler de réception et de bruit constitue un non-sens, car le concept de « réception » suppose une réaction de la part du système qui reçoit, réaction que ne suscite pas le bruit. Bref, le bruit n'entraîne aucune différence *dans le système*¹⁵¹. À partir de ce que nous avons pu voir précédemment, il est évident que la vengeance représente un enjeu envers lequel les tribunaux ont régulièrement tendance à réitérer leur position. Il faut alors conclure que les inputs répressifs des victimes constituent de l'information pour le système. Encore une fois, comme nous avons pu le constater dans notre empirie et comme le réitère l'affaire *Nicholls*, la vengeance est mise de côté quand vient le moment de déterminer la peine. Cette évacuation signifie plutôt que la vengeance est *juridiquement non pertinente sur le plan décisionnel*, ce qui n'évacue pas la possibilité qu'elle puisse être *juridiquement pertinente à d'autres égards*. D'un point de vue identitaire, nous pouvons dire que le thème de la vengeance est juridiquement pertinent, car il offre une capacité de connectivité qui permet au système de se positionner par rapport aux perturbations environnementales. En communiquant que la vengeance n'a pas sa place dans la détermination de la peine, le système (re)produit une structure névralgique qui orientera les prochaines opérations du système; ces futures opérations évacueront à leur tour la vengeance sur le plan décisionnel.

¹⁵¹ Par contre, en tenant compte de la complexité de la société moderne, ce qui représente du bruit pour un système social en particulier peut constituer de l'information pour d'autres systèmes sociaux.

Nous pouvons dire que le thème de la vengeance a une *pertinence thématique* puisqu'il amène le système à reproduire son identité de droit *public* en évacuant la « menace externe » que représentent pour lui les inputs victimaires privés répressifs.

Dans *Nicholls*, nous avons pu observer un exemple typique de la manière par laquelle les tribunaux réagissent aux inputs victimaires répressifs : ils les catégorisent comme une forme de vengeance et les évacuent du *processus décisionnel*. Or, dans l'affaire *Moosva*, le tribunal va *tenir compte de l'input répressif des victimes et de leurs proches au niveau* décisionnel sans l'associer à de la vengeance. D'abord, nous allons présenter les faits pour ensuite présenter les *inputs* répressifs auxquels se retrouve confrontée la Cour du banc de la reine de la Saskatchewan.

Le 1^{er} juillet 2004, Norma Jean Mooswa était en état d'ébriété au volant d'une voiture dans la région de Cochin en Saskatchewan; quatre autres personnes l'accompagnaient. À l'approche d'une intersection, elle omet de ralentir et percute violemment une voiture qui effectuait son arrêt causant ainsi la mort des quatre passagers montés à bord de son véhicule et de deux personnes siégeant dans la voiture percutée. Deux autres personnes se trouvant dans la voiture percutée ont été sérieusement blessées. La vitesse au moment de l'impact est estimée à 160 km/h selon les enregistrements de la boîte noire du véhicule de l'accusée. En décembre 2004, la Cour du banc de la reine de la Saskatchewan doit rendre la décision à l'égard de la peine pour cette affaire. L'accusée plaide coupable à six chefs d'accusation de conduite en étant d'ébriété causant la mort et à quatre chefs d'accusation de conduite avec les facultés affaiblies causant des lésions corporelles¹⁵². Le procureur et l'avocat de la défense ont fait une soumission conjointe pour

¹⁵² En réalité, Norma Jean Mooswa a été accusée, dans le cadre de cette décision, en vertu de deux actes d'accusation distincts. En ce qui concerne le premier, elle a plaidé coupable pour avoir utilisé un véhicule à

une sentence globale de 10 ans d'emprisonnement. Il s'agissait, au moment du prononcé de la peine, *de la plus longue peine d'incarcération à être imposée pour ce type d'infraction* dans la province de la Saskatchewan¹⁵³.

Parmi ceux qui ont pris la parole durant les audiences de détermination de la peine, nous retrouvons un survivant de l'accident (Stéphane¹⁵⁴) qui a été gravement blessé ainsi que les mères des deux jeunes femmes qui sont décédées. Dans l'extrait qui suit, le survivant s'adresse au tribunal et juge la peine d'emprisonnement de dix ans trop clémente pour l'infraction commise par l'accusée :

[Stéphane] « [...] And basically in conclusion, I don't know, *when you sit back and you hear that in the end of all this for six people's lives somebody is only going to get ten years -- is that what I heard? I understand that that's kind of a precedent from what I've heard, and I think that our precedents need to be changed because six families' lives are changed forever here.* Like, we have six people that passed away, and for somebody now that I've found out has three, four, five .08 convictions, ten years, regardless of this ten-year driving while disqualified or whatever, I don't know. *I think our court system really needs to change in that respect where we have to start setting some higher precedents for drinking and driving because you see it every day.* [...] *Our whole justice system needs to take a look at that because I don't feel that ten years is an appropriate sentence [...].* » (R. v. Mooswa, 2004 S.J. 851, par. 154; nos italiques).

Dans ce premier extrait, la victime critique la peine de dix ans d'emprisonnement prévue parce qu'elle lui apparaît comme n'étant pas suffisamment sévère par rapport à la gravité des conséquences engendrées. Le message est clair : les tribunaux devraient augmenter les peines qu'ils imposent pour les cas de conduite en état d'ébriété. Yolande et Guylaine, les mères des jeunes femmes décédées, tiennent des propos similaires. L'une

moteur disqualifié (1) avec facultés affaiblies (2) et pour avoir omis de comparaître devant le tribunal (3). En ce qui concerne le deuxième, Mooswa a plaidé coupable à six chefs d'accusation de conduite avec facultés affaiblies causant la mort et quatre chefs de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles. Comme les énoncés que nous citons concernent surtout le deuxième acte d'accusation, nous n'avons pas mentionné le premier acte d'accusation dans le corps du texte afin d'alléger celui-ci.

¹⁵³ CAIRNS, John (2014, 3 juillet), « Tragic ten-anniversary in Cochin », *The Battlefords News-Optimist*, [en ligne]. [\[http://www.newsoptimist.ca/news/local-news/tragic-ten-year-anniversary-in-cochin-1.1572417\]](http://www.newsoptimist.ca/news/local-news/tragic-ten-year-anniversary-in-cochin-1.1572417) (Consulté le 31 janvier 2017).

¹⁵⁴ Nous avons utilisé des noms fictifs pour désigner les victimes.

d'entre elles n'hésite pas à s'adresser directement à l'accusée et à se prononcer sur la peine qu'elle devrait recevoir:

[Yolande] « Norma Jean, from what I've heard of you, you are the absolute opposite of my daughter. You have repeatedly defied and broken the law. You care about nothing and no one but yourself. Your selfishness and self-indulgent drinking have caused more harm and heartache than can be measured in this lifetime. You are a mass murderer, and you can't be hiding behind these flimsy excuses and pass the blame and poor me platitudes that you have been for years by the sound of it. Selfishness is evil. *The harshest sentence possible under the Canadian law is the only punishment -- the only punishment that any reasonable Canadian would expect for committing this crime.* I'll be available for your parole hearings. You can count on it. History tends to repeat itself, and you should never be allowed to hurt anyone again. » (*R. v. Mooswa*, 2004 S.J. 851, par. 170; nos italiques).

Ici aussi, le message tend à favoriser la répression, mais cette fois l'argumentation ne s'appuie pas exclusivement sur une théorie de la peine comme la dissuasion ou la neutralisation, mais aussi sur une certaine représentation de l'attente des canadiens. Cette attente des canadiens pourrait en être une de sévérité en vue de dissuasion, de rétribution, de dénonciation ou encore de neutralisation. Autrement dit, pour cette victime, la peine trouverait aussi sa justification dans ce qui serait attendu par le public. La troisième victime à prendre la parole n'hésite pas à se prononcer sur la peine que devrait recevoir l'accusée :

[Guylaine] « I never had to deal with the justice system, and now here I was thrown in the middle of confusion. Because of a choice of behaviour, Terrah's life was taken and our justice system is going to discipline the actions. *In my mindless days and what I understood was life in prison was life in prison.* [...] it wasn't going to bring Terrah back, but it was the justice -- it was what the justice system could do to discipline the actions. Okay. *So I figured out six lives were taken. That must be what, 15, 20 years times six lives, yeah, life in prison.* Next, I hear that there's going to be a trial and that the lawyers may come to an agreement [of 10 years]. *In my own naive way I think that they're going to agree on ten years times six lives, life in prison.* This will not bring back Terrah, but it will not give that killer freedom either, consequence to the action. *Last I heard it was possible that it was going to be ten years for all six lives. What are you talking about? What happened to life in prison? Terrah doesn't get to come back at 31.* » (*R. v. Mooswa*, 2004 S.J. 851, par. 174; nos italiques).

Ces témoignages partagent une aversion à l'égard de la peine d'emprisonnement de dix ans d'emprisonnement soumise par les parties. Plus que le type de peine, c'est la durée de celle-ci qui est sévèrement critiquée par les victimes. De leur point de vue, les dix années

d'emprisonnement n'équivalent pas du tout aux six vies qui ont été perdues, sans compter les quatre personnes qui ont été blessées. Nous pouvons alors affirmer que l'attente qui a été déçue chez ces victimes et ces proches de victimes en est une qui concerne non pas la nature de la *sanction*, mais plutôt le *quantum de la sanction* ou de sa *proportionnalité*. Ces victimes ne remettent pas en question l'emprisonnement, mais bien la durée de l'emprisonnement. Évidemment, cette *attente* à l'égard de la durée de la peine d'emprisonnement est orientée de manière à favoriser la répression par opposition à la modération ou la clémence.

Dans l'énoncé qui suit, Guylaine reformule son attente en acceptant à contrecœur la peine de dix ans, mais supplie le tribunal de faire en sorte que l'accusée purge la totalité des dix années. Elle demande alors qu'une peine de dix ans sans possibilité de libération conditionnelle soit rendue¹⁵⁵:

[Guylaine] « [...] But let me ask you all what's your daughter's name? What's your niece's name, your granddaughter or your best friend? *Would ten years be enough for you if it was one of them? If ten years is all our justice system can do, I beg you, let's be sure that she serves all ten years, and I pray for you that when she gets out that it's not your child that is killed the next time she is free to be behind the wheel.* » (*R. v. Mooswa*, 2004 S.J. 851, par. 174; nos italiques).

Dans cet extrait du témoignage, Guylaine met en exergue deux choses : d'abord, une alternative de la relation crime-peine, soit une relation entre la souffrance subie et la sévérité de la peine; ensuite, une mise en forme particulière de l'objectif de la neutralisation. La relation souffrances subies-peine semble donner une forme particulière aux témoignages des victimes que nous venons de présenter, mais c'est dans l'extrait précédent que cette relation s'exprime le plus clairement. Dans cette relation souffrance

¹⁵⁵ Évidemment, cette attente ne peut qu'être déçue, car la cour ne peut garantir que l'accusée purgera la totalité des dix années. Une fois la sanction prononcée, l'exécution de la peine relève de la branche exécutive du pouvoir, notamment du *Service correctionnel du Canada*.

subie-peine, la sévérité de la peine est déterminée par la gravité des torts causés par le crime. Dans le témoignage de Guylaine, toutefois, la sévérité de la peine se retrouve également déterminée par l'idée de neutraliser l'accusée. La mère de Terrah (Guylaine) interpelle et ébranle les gens dans la salle d'audience en leur demandant s'ils seraient satisfaits par la peine de dix ans d'emprisonnement si les victimes étaient l'un de leurs proches. Comment le tribunal va-t-il gérer la déception des victimes et leurs demandes de sévérité? Va-t-il ignorer ces demandes ou va-t-il se laisser influencer par celles-ci? Si le tribunal se laisse influencer, tentera-t-il de combler ces attentes?

Le tribunal n'est certainement pas resté insensible devant les émotions fortes qui enveloppaient ces témoignages. Nous pouvons raisonnablement croire qu'elles aient amené les gens présents dans la salle d'audience à réagir, incluant le juge. Certes, ces émotions peuvent amener le système psychique du juge à réagir, mais peuvent-elles engendrer le même effet sur le SDC, c'est-à-dire ces émotions vont-elles être reçues comme du bruit ou plutôt comme de l'information? Suivant les déclarations des victimes, le tribunal a ressenti le besoin de rappeler à l'auditoire qu'il devait respecter des fourchettes:

« [...] This was a preventable accident. It didn't have to happen, and *fault is the foremost in everybody's mind, yet the purpose and principles of sentencing have been fully and clearly spelled out in the Criminal Code, and by the Courts of Appeal and the Supreme Court of Canada* and the lawyers who have spoken here today are familiar with those principles and those guidelines and *are bound by them*. Indeed *in your minds the justice system has failed, and the system is slow to change, but we here today cannot change the system*. We can only hopefully change the attitudes of a whole lot of people. » (R. v. *Mooswa*, 2004 S.J. 851, par. 198; nos italiques).

Il y a les fourchettes établies par le Législateur qui se constatent dans le *Code criminel* et il y a, par ailleurs, les fourchettes établies par les pratiques des tribunaux d'appel (cours

d'appel provinciales et Cour Suprême du Canada). Ces deux types de fourchettes représentent des contraintes sociales limitant les possibilités sur le plan décisionnel (Dubé, 2017, 81). Ces contraintes sociales se présentent alors, toujours selon Dubé (2017, 81), comme le cadre à l'intérieur duquel les systèmes psychiques du procureur, de l'avocat de la défense et du juge peuvent opérer. Ces derniers peuvent voir les alternatives et les solutions aux problèmes découlant des contraintes sociales, mais ils ne peuvent les exploiter dû à une structure qui les en empêche.

C'est pourquoi, même si le cadre légal permettait en théorie au tribunal d'imposer une peine d'emprisonnement à perpétuité pour la conduite avec les facultés affaiblies causant la mort (art. 253(3), *C. cr.*¹⁵⁶), un autre cadre, soit celui du judiciaire, empêche le tribunal d'imposer une peine supérieure à dix ans d'emprisonnement. Dans l'affaire *Mooswa*, le tribunal est en mesure de voir l'alternative que représente une peine d'emprisonnement de 15 ans, de 20 ans et à perpétuité, mais la culture judiciaire l'empêche de les envisager sur le plan décisionnel. Ainsi, si dans *Mooswa* le tribunal ne satisfait pas les exigences des victimes en matière de peine, ce n'est pas parce que ce dernier fait preuve de fermeture à leur endroit, mais tout simplement parce « qu'il ne *peut* pas »:

« [...] The courts [...] *do hear the voices of the community, and the voices that were heard today cry out for greater drinking and driving penalties. Unfortunately, I cannot go beyond what has been proposed because the law would not permit that today* » (*R. v. Mooswa*, 2004 S.J. 851, par. 201).

Le tribunal fait preuve d'ouverture à l'égard des victimes et des proches qui ont témoigné devant lui : il affirme qu'il les entend et reconnaît qu'elles demandent des peines

¹⁵⁶ Selon le *Code criminel* en vigueur au moment de rendre le jugement (<http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-46/section-255-20030101.html#wb-cont>)

plus sévères en matière d'alcool au volant. Cette ouverture à l'égard des demandes répressives est particulièrement claire lorsque le tribunal présente la peine d'emprisonnement de dix ans comme étant « [...] *as long or longer than any sentence that has ever been imposed in this province arising out of a drinking and driving accident.* » (*R. v. Mooswa*, 2004 S.J. 851, par. 201). Le tribunal affirme alors que c'est le mieux qu'il puisse faire dans les circonstances et qu'il aurait pu imposer une sanction bien plus lourde si ce n'était de cette contrainte sociale. Autrement dit, la raison principale pour laquelle le tribunal n'ordonne pas une peine d'emprisonnement supérieure à dix ans ne se fonde pas sur un manque de soutien cognitif—c'est-à-dire au niveau des idées—pour supporter une durée plus longue, mais plutôt parce qu'il y a une injonction organisationnelle qui empêche le tribunal d'aller de l'avant.

Dans Moosva, nous pouvons alors affirmer que même si le tribunal n'a pas pu donner aux victimes ce qu'elles exigeaient, il a néanmoins donné ce qu'il pouvait, c'est-à-dire la peine maximale de dix ans d'emprisonnement qui était en vigueur au moment de rendre la décision. La limite sur laquelle le tribunal se fonde pour évacuer les demandes répressives des victimes n'est pas celle de la vengeance, mais plutôt celle du cadre judiciaire, soit une « contrainte sociale » ou sociojuridique, par opposition à une « contrainte psychique » (Dubé, 2017). La contrainte sociale est définie par Dubé (2017, 81) comme une « réduction de complexité opérée par la restriction objective, socio-cognitive et historico-contingente de l'éventail des possibilités considérées admissibles [...] à un moment donné » (souligné de l'auteur). Les individus opérant sous l'effet d'une contrainte sociale sont en mesure de voir les alternatives au problème sans toutefois pouvoir les exploiter (Ibid.). Nous pouvons utiliser l'image de la fenêtre pour illustrer la

contrainte sociale : la fenêtre nous permet de voir de l'autre côté les alternatives qui peuvent paraître intéressantes pour résoudre un problème, mais la constitution solide du verre nous empêche de les exploiter. Contrairement à la contrainte sociale, la « contrainte psychique » prend la forme d'un angle-mort : l'observateur ne voit pas et il ne voit pas non plus qu'il ne voit pas. La contrainte psychique permet également de réduire la complexité sur le plan décisionnel, mais elle le fait « en opérant une restriction *subjective, psychocognitive et perceptivement-contingente* de l'éventail des possibilités considérées possibles à un moment donné » (Dubé, 2017, 85; souligné par l'auteur). Nous pouvons utiliser l'image des œillères pour illustrer la contrainte psychique : les œillères sont utilisées pour obstruer le champ de vision des chevaux afin de les empêcher de voir sur les côtés. Autrement dit, ces œillères ont été créées pour générer un angle-mort dans le champ de vision de l'animal. Cependant, les contraintes psychiques, comme leur nom l'indique, ne sont pas causées par des objets physiques, mais plutôt par des « *habitudes de pensées* » particulières (Stolzenberg, 1988).

Dans l'affaire traitée ici, si le juge refuse d'aller au-delà de la peine de dix ans d'emprisonnement, ce n'est pas parce que la possibilité de franchir ce cap lui est « invisible ». Au contraire, cette possibilité, il la voit, mais *il ne peut pas la franchir*. Dans *Mooswa*, nous pouvons alors dire que les inputs répressifs ont été interprétés comme étant de l'information *pertinente sur le plan strictement psychique de l'être humain qu'est le juge*. À partir du moment où le système psychique remplit la condition minimale de support à la communication *juridique*, la reproduction du système social est assurée et le système social « satisfait ». Cela signifie que la pertinence que son système psychique a pu voir dans les attentes victimaires ne s'est néanmoins pas transposé en une pertinence sociale ou

juridique. Autrement dit, en tant que support à la communication juridique, le juge a observé les attentes des victimes comme étant des « attentes externes » et non pas comme des attentes juridiquement pertinentes.

Nous pouvons retenir de l'affaire *Mooswa* que les inputs répressifs ne sont pas toujours étiquetés comme étant de la vengeance. Nous pouvons également retenir que bien que *ces inputs peuvent être considérés sur le plan psychique des acteurs judiciaires*, cela n'empêche pas leur exclusion sur le plan social ou, en l'occurrence, sur le plan juridique. Maintenant, poursuivons l'analyse de la réception des inputs victimaires qui prennent la forme d'une demande de peine « juste et équitable ».

3.3.1.2. La réception des demandes de peines justes et équitables

Jusqu'à présent, l'analyse s'est fondée sur des cas où les victimes exigeaient que le tribunal prononce des sanctions lourdes ou sévères, ce que les tribunaux observent habituellement comme de la vengeance. Maintenant, nous allons nous tourner vers les victimes qui demandent, non pas une sanction sévère, ni une sanction clémente, mais plutôt une sanction « juste et équitable ». Nous classons ces demandes de peines « justes et équitables » parmi les inputs victimaires *neutres*, car bien qu'elles se fondent sur l'exigence d'une peine, nous ne pouvons pas dire—comme pour les inputs répressifs—que ces demandes exigent nécessairement le recours au carcéral. Nous retrouvons une telle demande dans la décision *Guay* qui a été rendue par la Cour du Québec en 2005.

Les faits à l'origine de l'affaire *Guay* se déroulent dans le contexte d'un délit routier. Durant la nuit du 15 mars 2002, la victime, Benoît, était le passager de l'accusé. À l'entrée d'un village se trouvait une courbe prononcée dans laquelle l'accusé a perdu le contrôle de son véhicule. Le dérapage entraîna l'éjection de Benoît de même que son décès. Suivant

ces évènements, l'accusé a plaidé coupable pour conduite avec les facultés affaiblies ayant causé la mort¹⁵⁷.

Plus de trois ans se sont écoulés entre les évènements funestes et les audiences de détermination de la peine. Malgré ces années écoulées, la douleur et la souffrance sont encore très présentes chez le père de Benoît. Lors des audiences sur la peine, le père de la victime s'adresse au tribunal et celui-ci retient ce qui suit :

« [15] Le père de la victime a témoigné. Même si trois années se sont écoulées depuis, la douleur et la tristesse sont encore très présentes. [...] [17] Le tribunal a été impressionné par le témoignage du père de la victime. S'exprimant avec mesure et nuance, *il explique au tribunal qu'il s'attend à ce que l'accusé reçoive une sentence qui reflète la gravité des crimes.* [18] *Son expérience de 28 années à titre d'agent correctionnel à côtoyer des personnes détenues dans un pénitencier l'amène à suggérer que l'accusé reçoive une peine qui lui fournisse un encadrement serré et un accès à des ressources pouvant l'amener à une prise de conscience de la gravité du geste posé et une plus grande responsabilisation dans ses actions futures.* [...] [19] Il a rencontré l'accusé à deux reprises depuis l'accident. Il a été déçu de ces deux rencontres. [...] [21] Selon lui, l'accusé n'a démontré ni empathie ni compassion à son égard et envers la famille. Il est ressorti de cette rencontre un peu amer, mais surtout très déçu de l'accusé pour qui cependant il a toujours de l'estime. *D'ailleurs, il ne cherche ni vengeance ni punition exemplaire à son égard.* » (R. c. Guay, 2005 CanLii 33319 (QCCQ), par. 15-21).

Sans chercher à se venger, le père de la victime fait une recommandation sur la peine : il souhaite que le contrevenant reçoive une peine « qui reflète la gravité des crimes ». Contrairement aux demandes de vengeance (*supra*) et aux demandes de clémence (*infra*), la recommandation du père de Benoît ne semble pas constituer un problème pour le tribunal. Nous n'avons trouvé aucune discussion dans la décision à l'égard de cette portion de la recommandation du père de la victime. Cela suggère que la recommandation ne soulève pas d'enjeu pour le tribunal. Cela peut sans doute s'expliquer par le fait que ladite

¹⁵⁷ Dans *Guay*, l'accusé a également plaidé coupable à quatre omissions de se conformer à ses engagements.

recommandation rejoint en partie les directives de l'article 718.1 du *Code criminel*¹⁵⁸. Même si le souhait du père de la victime a été *entendu*, c'est-à-dire qu'il a été traduit en information, le tribunal ne va pas s'appuyer sur l'input de la victime. Il va plutôt s'appuyer sur l'article du *Code criminel* et sur la jurisprudence. Nous pouvons dire, avec Bateson (1977, 210), que cette portion de la recommandation du père de Benoît constitue « une différence qui ne fait pas de différence ».

Toutefois, la recommandation du père ne se résume pas à la question de la proportionnalité de la peine avec la gravité du crime. En effet, le père de la victime dit souhaiter que la peine prononcée engendre certains effets chez l'accusé, notamment la prise de conscience de la gravité de ses infractions et une responsabilisation. Contrairement à l'autre portion de la recommandation du père de la victime, cette deuxième portion semble faire une différence dans le processus de détermination de la peine. En effet, l'intervention du père de la victime semble avoir amené le tribunal à privilégier certains objectifs de la peine parmi les objectifs énoncés à l'article 718 du *Code criminel*.

La jurisprudence a établi que les objectifs de la peine qui sont mis à l'avant-plan dans un dossier en particulier dépendent des circonstances présentes en l'espèce¹⁵⁹, en l'occurrence, dans *Guay*, la conduite avec les facultés affaiblies de l'accusé a causé la mort. Dans de telles circonstances, tous les objectifs de la peine n'ont pas la même chance d'être mis à l'avant-plan. Rappelons que dans *Brutus*, la cour d'appel du Québec indiquait que :

« les tribunaux tiennent depuis longtemps des propos fort sévères concernant la commission des infractions routières de ce genre et affirment la primauté des objectifs de dénonciation et de dissuasion pour exprimer leur volonté de marquer par des peines

¹⁵⁸ La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. (art. 718.1, *C.cr.*)

¹⁵⁹ Voir *R. v. H.V.*, 1998 O.J. 4694, par. 22.

exemplaires la réprobation de la société à l'égard de ces crimes, particulièrement dans les cas où des conséquences graves (comme en l'espèce) en résultent pour les victimes. » (*R. c. Brutus*, 2009 QCCA (CanLii), par. 18).

Dans *Guay*, le tribunal ne va pas écarter les objectifs de dissuasion et de dénonciation. Il va considérer qu'ils sont primordiaux dans le cas en l'espèce. Toutefois, le tribunal va ajouter d'autres objectifs de la peine qui sont usuellement peu mobilisés pour ce genre d'affaires. En effet, le tribunal va affirmer que la peine doit « susciter, chez l'accusé, la conscience de sa responsabilité par le tort causé » et « assurer la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité » (*R. c. Guay*, 2005 Canlii 33319 (QCCQ), par. 51-52). Nous croyons que la portion de l'intervention du père de la victime qui demandait à ce que la peine génère certains effets chez l'accusé se soit transposée en une « différence qui fait une différence » (Bateson, 1977, 210). La différence introduite serait celle de valoriser certains objectifs de la peine qui ne le sont pas habituellement pour ce genre d'infraction. En ce qui concerne l'objectif de la prise de conscience des torts, le tribunal précise que :

« La période plus ou moins longue de réflexion qu'entraîne une peine d'emprisonnement constitue sans doute un moment propice pour l'accusé de reconnaître lui-même le tort causé (ce qui est déjà fait). *Il doit le faire face à la famille de la victime et aussi envers la société en général.* » (*R. c. Guay*, 2005 CanLii 33319 (QCCQ), par. 51).

Par rapport à l'objectif de réparation des torts causés à la victime et à la collectivité, le tribunal ajoute :

« [52] Dans notre cas, il est impossible à l'accusé de réparer le tort causé à la victime, ni d'effacer la douleur et la tristesse de sa famille ou de ses proches. Tout au plus peut-il, par des gestes concrets à leur égard, par sa conduite et son attitude, faire montre d'une empathie sincère et bien réelle à leur égard et leur démontrer qu'il se responsabilise. *La famille de la victime ne lui en demande pas davantage.* » (*R. c. Guay*, 2005 CanLii 33319 (QCCQ), par. 51).

Dans un cas comme dans l'autre, le tribunal explicite le lien entre ces objectifs de la peine et la famille de Benoît, dont son père qui s'est adressé au tribunal. Au terme de son analyse, le tribunal impose à l'accusé une peine d'emprisonnement avec sursis d'une durée de deux ans moins un jour. Au paragraphe 57, le tribunal indique que cette peine « sera de nature à favoriser davantage la réflexion chez l'accusé et une prise de conscience sincère des torts causés et ultimement une plus grande responsabilisation », soit exactement les effets souhaités par le père de la victime. Autrement dit, par ce paragraphe, le tribunal est en train de confirmer au père de la victime qu'il a été entendu. L'intervention de la victime est sans aucun doute venue jouer un rôle dans le choix de la sanction, mais il faut néanmoins nuancer ce rôle, car le tribunal justifie sa décision à travers d'autres facteurs associés à l'accusé¹⁶⁰.

Dans l'affaire *Tessier*, on se trouve face à une affaire similaire à l'affaire *Guay* où les parents de la victime ont soumis des déclarations dans lesquelles ils demandent au tribunal de prononcer une « peine juste et équitable ». Les faits à l'origine de l'affaire *Tessier* découlent d'une collision mortelle entre le véhicule de l'accusé et un motocycliste. Alors qu'il roulait dans la voie inverse à haute vitesse, au moment où la route dessine une courbe, l'accusé entre en collision avec un motocycliste arrivant en sens inverse. Le passager de l'accusé et le motocycliste décèdent sur le coup. Le rapport présentiel de l'accusé lui est favorable¹⁶¹ et les parties suggèrent une peine d'emprisonnement à être

¹⁶⁰ En effet, le tribunal atténue la portée de l'objectif de la dénonciation à partir de la réhabilitation : « Tenant compte de l'âge de l'accusé, de son peu d'expérience de la conduite automobile, de son manque de maturité, de son absence d'antécédent judiciaire, de l'emploi qu'il occupe, le tribunal ne croit pas que la nécessité de dénonciation est telle que l'emprisonnement ferme soit la seule peine qui convienne pour exprimer la réprobation de la société face au comportement de ce dernier. » (*R. c. Guay*, 2005 CanLii 33319 (QCCQ), par. 55).

¹⁶¹ Le tribunal arrivait à cette conclusion en s'appuyant sur le jeune âge de l'accusé, sa personnalité, l'absence de « problématique » et le fait qu'il a toujours eu un comportement social adéquat (*R. c. Tessier*, 2005 CanLii 15013 (QCCQ), par. 18)

purgée dans la collectivité. Dans ce drame, les parents des victimes ont soumis des déclarations dans lesquelles ils se prononcent sur la peine, sans que le tribunal y trouve un ton de vengeance. La décision ne cite pas le contenu de ces déclarations, mais nous pouvons observer comment le tribunal se positionne par rapport à cet *input*:

« [18] Les parents des victimes qui ont produit des déclarations et ont exprimé leurs douleurs et leurs souffrances ne réclament pas vengeance, *mais une juste et équitable peine* qui suscite chez l'accusé la conscience de ses responsabilités et la reconnaissance des torts causés aux victimes et à la collectivité ». (*R. c. Tessier*, 2005 CanLii 15013 (QCCQ), par. 18).

Dans l'affaire *Tessier*, le tribunal convertit lui aussi la demande des parents de la victime en une peine qui doit atteindre les objectifs pénologiques prévus dans la loi et plus particulièrement ceux qui ont trait aux victimes (art. 718(e) et (f), *C cr.*). Contrairement à l'affaire *Lépine*, le tribunal ne va pas prononcer une peine d'emprisonnement ferme, il va plutôt prononcer une peine d'emprisonnement avec sursis de 18 mois suivi d'une probation de 12 mois. Il faut dire que dans *Tessier*, l'accusé bénéficie d'un rapport présentiel favorable et exprime des remords à l'égard des familles des deux victimes. La possibilité d'une peine moins contraignante que l'emprisonnement a donc été favorisée.

De manière générale, nous pouvons dire que lorsque les victimes demandent une peine juste et équitable, le tribunal comprend en fait une invitation à faire son travail comme il le fait habituellement, c'est-à-dire de manière juste et équitable. Autant dans *Guay* que dans *Tessier*, le tribunal a associé les requêtes des familles des victimes à des objectifs pénologiques qu'ils ont valorisés dans le processus de détermination de la peine. Cela signifie que les inputs victimaires pourraient influencer le processus de détermination de la peine, non pas au niveau du *quantum* de la peine ou de sa nature, mais sur les objectifs

pénologiques à privilégier. Dans *Guay et Tessier*, les tribunaux respectifs avaient associé la demande d'une peine juste et équitable aux objectifs pénologiques ayant trait aux victimes. Ces décisions ont été rendues avant l'adoption de la *Charte canadienne des victimes d'actes criminels* qui a eu pour effet d'élargir l'objectif de dénonciation. Désormais, la peine ne dénonce plus seulement la nature illégale de l'acte, mais aussi *les torts subis par les victimes et la collectivité*. Cela ouvre la possibilité à des associations avec un objectif de la peine qui a traditionnellement été mobilisé pour justifier des sanctions lourdes et carcéralisantes¹⁶².

En effet, en sachant que les inputs victimaires consistent généralement en la description des torts subis par les victimes et que ces inputs peuvent jouer un rôle dans la sélection des objectifs de la peine à privilégier dans la détermination de la peine, n'y a-t-il pas un risque de valoriser, *au nom des victimes* et par l'intermédiaire de l'objectif de dénonciation, davantage de répression? Dans une recherche sur le politique, Dubé et Garcia (2017b) exploraient la question de la reconnaissance des victimes dans la création des lois criminelles. À partir des débats parlementaires associés au projet de loi de la *Charte des droits des victimes*, les auteur(e)s ont établi un lien étroit entre l'objectif de la *dénonciation* et la *reconnaissance* des torts subis par les victimes. Ils ont démontré, par ailleurs, que dans les débats parlementaires, lors de la création de loi pénale, les députés s'appuient sur de nouvelles idées que Dubé et Garcia (2017b) ont associées à une « théorie de la reconnaissance victimaire ». Cette théorie de la peine émergente, précisent les auteur(e)s, attribue à « la peine et à sa sévérité le pouvoir de communiquer les torts que les crimes ont pu causer à la victime » de même que « le pouvoir de revaloriser aussi la valeur de la

¹⁶² Nous pouvons l'observer à même le *Code* à partir de l'article 718.2 où il est indiqué de valoriser la dissuasion et la dénonciation lors de la présence de certaines circonstances aggravantes.

personne victime d'un crime ». Les observations de Dubé et Garcia (2017b) portent sur le système politique, mais elles nous incitent également à prendre au sérieux la possibilité qu'une forme d'institutionnalisation de la reconnaissance victimaire puisse se développer dans le système judiciaire.

Par ailleurs, ce que ces les affaires *Guay* et *Tessier* ont pu illustrer, c'est surtout le rôle actif du tribunal dans la mise en forme des inputs. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer la situation qui se présente dans l'affaire *Chicoine*. Dans cette affaire, nous sommes toujours dans le contexte de la conduite d'une voiture avec les facultés affaiblies ayant causé la mort. Nous nous retrouvons, cependant, dans une collision entre une voiture et un piéton. Mises à part ces différences de nature circonstancielle, ce qui distingue l'affaire *Chicoine* des autres, c'est que les parents de la victime n'ont pas manifesté le désir d'être entendus par le tribunal :

« 64 Rien ne peut remplacer la perte d'un fils pour les parents de la victime. 65 *En l'espèce, les proches de la victime ne réclament ni la vengeance ni la clémence et n'ont pas manifesté le désir d'être entendus par le Tribunal, car selon le représentant de la poursuite, ils trouvent déjà assez difficile d'assumer la douleur de la perte d'un fils que rien ne pourra changer.* 66 Le Tribunal conclut de cette retenue bien légitime des parents de la victime *qu'ils s'attendent à l'imposition d'une peine juste et appropriée.* (R. c. *Chicoine*, 1999 CanLii 10548 (QC CQ), par. 64-66).

La démonstration du rôle actif du tribunal dans la mise en forme des attentes *externes* du droit, incluant celle des victimes, ne pourrait être plus claire. Techniquement parlant, nous ne pouvons pas parler de la réception d'un *input* victimaire, mais plutôt de la réception d'un input qui a été mis en forme par le procureur, car c'est à ce dernier que les parents de la victime ont manifesté leur décision de ne pas être entendus. Dans *Chicoine*, le juge attribue une attente aux proches de la victime à partir de l'information que lui fournit le procureur. Ce que le procureur lui dit, c'est que les proches de la victime préfèrent

s'abstenir de se prononcer au tribunal parce qu'ils demeurent hautement affectés par les événements. Autrement dit, ils s'abstiennent de se prononcer parce que la douleur est encore trop vive et parce qu'ils ont le sentiment que ça ne servira à rien puisqu'il n'y a rien que le tribunal puisse faire pour ramener leur fils. À partir de cette information, le tribunal va induire une attente de « peine juste et adéquate » aux proches de la victime.

3.3.1.3. La réception des demandes de peines clémentes des victimes et leurs conditions d'émergence

Comme nous l'avons souligné à la section 3.1.1.1, les conditions d'émergence des attentes de clémence, de modération et de pardon dans la détermination de la peine résident principalement dans *leur énonciation par les victimes concrètes*. Dits autrement, les tribunaux n'attribuent pas facilement ce type d'attentes aux victimes. À cet effet, la décision *Chicoine (supra)* illustre bien la prépondérance des tribunaux à tenir pour acquis que les victimes demandent des sanctions « justes et équitables ». L'énonciation de ces attentes par la victime concrète se présente alors comme une condition *sine qua non* de leur observation, d'où l'intérêt de porter une attention spéciale à leurs conditions d'émergence. *A priori*, on pourrait croire qu'il serait plus aisé de traiter des conditions d'émergence de ces attentes avant de traiter de leur réception par le tribunal. Cependant, ce n'est qu'au terme de l'analyse de la réception des attentes de clémence que leurs conditions d'émergence sont devenues visibles. Pour cette raison, nous allons d'abord traiter de la réception des attentes de clémence (point *i*) pour ensuite faire ressortir leurs conditions d'émergence (point *ii*).

Le point 3.3.1.3 a par conséquent une double vocation : visualiser 1) la mise en forme des attentes de clémence par les tribunaux ainsi que 2) leurs conditions d'émergence.

Pour le premier objectif, la question qui guide l'observation est : comment les tribunaux réagissent-ils à une victime ou à un proche de victime qui demande non pas la vengeance, mais bien de faire preuve de clémence à l'égard de l'accusé? Nous allons nous intéresser aux catégories, aux idées, aux théories et aux structures qui sont sollicitées pour capter ces « inputs » non attendus pour un système qui s'est historiquement auto-organisé autour de la valorisation de l'affliction et l'exclusion sociale du coupable (Pires, 2001a; 2001b; 2002a).

Nous avons observé au moins deux mises en forme de ces attentes de clémence: la première, qui est la tendance forte, fait intervenir la catégorie juridique de « circonstance atténuante » qui est elle-même soutenue par la théorie du « juste dû ». Au sein de cette mise en forme, l'input de la victime n'a que très peu de poids dans le choix de la sanction. L'autre mise en forme, plus rare, fait intervenir la notion de « besoin » de la victime. Par rapport aux tendances observées, elle s'apparente à une anomalie,¹⁶³ mais elle influence grandement le choix de la sanction. Nous allons, dans ce qui suit, illustrer empiriquement ces deux mises en forme à partir des affaires *Michaud*,¹⁶⁴ *Perry*,¹⁶⁵ et *Deschênes*¹⁶⁶.

En ce qui concerne le deuxième objectif, nous allons plutôt nous intéresser aux circonstances des infractions qui amènent les victimes à demander au tribunal de se montrer

¹⁶³ Une anomalie par rapport au degré d'inclusion de l'attente de clémence de la victime sur le plan décisionnel. Par rapport à la décision rendue, l'affaire *Deschênes* continue de se situer dans la tendance forte puisque le tribunal, comme nous le verrons, privilégie l'incarcération.

¹⁶⁴ *R. c. Michaud*, 2009 QCCQ 5109 (CanLii); *Michaud c. R.*, 2010 QCCA 152.

¹⁶⁵ *R. c. Perry*, 2011 J.Q. 2709.

¹⁶⁶ *R. c. Deschênes*, 2012 J.Q. 12755

clément envers le condamné en dépit des torts qu'elles ont subis. Nous distinguons deux formes de proximité que nous définirons au point ii).

i) La réception des demandes de clémence, de modération et de pardon

Peut-être le fruit d'un « hasard »¹⁶⁷, mais le fait est que l'ensemble de ces décisions met en scène des infractions impliquant la conduite d'un véhicule à moteur. Dans *Michaud* et *Perry*, il s'agit d'infractions de conduite dangereuse causant la mort. L'affaire *Perry* se déroule dans le contexte particulier d'une course de rue. L'affaire *Deschênes* implique, quant à elle, un cas de conduite avec les facultés affaiblies ayant causé des lésions corporelles.

Dans tous les cas, les victimes ou leurs proches demandent au tribunal de faire preuve de clémence ou de modération envers l'accusé. L'affaire *Deschênes* se démarque des autres en ce que la demande de la victime peut très bien être interprétée comme une demande d'arrêt des procédures, voire comme un pardon. Le pardon se caractérise entre autre par l'abandon de l'exigence d'une sanction, voire d'une intervention juridique. En ce sens, ce que la victime demande dans *Deschênes* s'apparente davantage à un acte finalisé visant l'arrêt des procédures et pour cette raison nous pouvons alors distinguer cette attente de pardon aux attentes de clémence ou de modération. Ces dernières n'impliquent pas une interruption des procédures, mais bien la continuité.

En 2009, Gérald Michaud a été déclaré coupable pour deux chefs de conduite dangereuse ayant causé la mort. Les faits à l'origine de cette affaire judiciaire nous

¹⁶⁷ Nous reviendrons sur ce « hasard » au point ii).

ramèment à un accident de voiture survenu en 2006 à Port Cartier alors que l'accusé, qui suivait un camion semi-remorque, tentait d'effectuer une manœuvre de dépassement malgré l'interdiction de le faire¹⁶⁸. En effectuant cette manœuvre, une collision survient avec un véhicule venant en sens inverse. Au total, l'accident implique trois voitures, dont celle de l'accusé et celles des deux personnes décédées.

Le juge du procès condamna l'accusé à purger trois ans d'emprisonnement avec une interdiction de conduire d'une durée de cinq ans. L'accusé interjette appel et est entendu en 2010 par la cour d'appel du Québec. L'un des motifs soulevés par l'accusé suggère que le juge du procès n'aurait pas suffisamment tenu compte du témoignage du père de l'une des victimes qui voyait les événements ayant causé la mort de son fils comme un *accident*.

Les propos du père de la victime sont rapportés comme suit par le tribunal:

« [...] il y a lieu de noter que [...] le père de l'une des deux victimes, [...] a déclaré qu'il considérait l'évènement ayant entraîné le décès de son fils *comme un accident ne justifiant pas l'emprisonnement de l'appelant*. » (*Michaud c. R.*, 2010 QCCA 152, par. 4-5).

Le point de vue du père de l'une des victimes décédées soulève deux éléments : la qualification de l'évènement funeste comme un « accident » plutôt que comme un crime et la remise en question de la sanction d'emprisonnement. Nous pouvons explorer ces deux pistes qui convergent vers deux formes de critique du père de la victime.

Dans la première, nous pouvons raisonnablement croire que l'utilisation du vocable « accident » par le père de la victime indique qu'il n'attribue *aucune responsabilité* à

¹⁶⁸ Généralement au Canada, les routes sont divisées en voies par une ligne jaune pleine (par opposition à une ligne pointillée) qui signifie dans le code routier une interdiction de dépassement dans la voie inverse. Lorsque les manœuvres de dépassement sont permises, la ligne jaune est en pointillée. Dans l'affaire *Michaud*, l'accusé a tenté une manœuvre de dépassement alors qu'il était interdit de le faire (ligne jaune pleine).

l'accusé. L'incident serait traduit dans cette perspective en un aléa de la vie moderne. Nous pouvons illustrer cette première interprétation à partir de l'expression française « Malheureusement, ce sont des choses qui peuvent arriver ». Autrement dit, c'est arrivé, ce n'était pas prévue et on n'y peut rien.

Dans une deuxième piste, le père de la victime remet en question *le recours à la peine d'emprisonnement*. L'intervention du père de la victime prend alors la forme d'une *critique de la peine*; on peut alors envisager qu'il s'opposait à l'incarcération de l'accusé, mais qu'il serait d'accord avec l'emprisonnement avec sursis ou tout autre sanction non carcérale.

Dans la première piste, on se situe dans une remise en question de la qualification de l'acte, alors que dans la deuxième piste, on critique le recours au carcéral. Dans un cas comme dans l'autre, nous pouvons dire que le père de la victime exprime ainsi un vœu de modération à l'égard de l'accusé. La cour d'appel y réagit :

« [...] *il n'appartenait pas [au père de la victime], malgré toute la sympathie que nous avons à son égard, de se prononcer sur une question déjà tranchée par le verdict de culpabilité, en déclarant que la mort de son fils était le résultat d'un accident, mais plutôt de faire état des dommages ou pertes causés à la victime par la perpétration de l'infraction.* [9] Le juge, pour sa part, pouvait constater par lui-même que l'infraction commise par l'appelant avait entraîné la mort de deux personnes. [10] *Dans les circonstances, il était raisonnable pour le juge de considérer comme facteur atténuant, mais à un degré moindre, le témoignage [du père de la victime].* » (Michaud c. R., 2010 QCCA 152, par. 8-10).

Le tribunal d'appel ne va pas rejeter *complètement* le point de vue du père de la victime. Certes, il va rejeter ce qui représente du bruit, en l'occurrence, le point de vue du père de la victime sur la manière de qualifier le comportement (accident plutôt que crime), car à l'intérieur des frontières communicationnelles du système judiciaire, un tel « input » ne trouve pas preneur (ne trouve pas de structure d'accueil) pour se stabiliser comme de l'information pertinente sur le plan décisionnel. En communiquant qu'il n'appartient pas aux proches des victimes de déterminer la peine, ni d'ailleurs de remettre en question la

qualification de l'acte comme criminel, le tribunal (re)produit une structure ou un mécanisme d'exclusion de l'input *sur le plan décisionnel*¹⁶⁹.

Toutefois, il y a au moins un autre aspect du point de vue du père qui peut être converti en information. Il s'agit de la partie de son témoignage où le père affirmait que l'accusé ne méritait pas l'incarcération. Évidemment, les proches des victimes ne peuvent décider de la sanction, mais le tribunal va sélectionner cette partie du point de vue du père de la victime pour la convertir en information, c'est-à-dire, en l'occurrence, en une demande de clémence. Cette demande de clémence est accueillie dans les opérations décisionnelles sous la forme d'une circonstance atténuante. Le témoignage du père de la victime a pu se stabiliser comme de l'information *juridiquement pertinente sur le plan décisionnel*, mais en subissant de sévères « amputations » par rapport à son sens original: on passe de la non-nécessité de la punition ou, à tout le moins, de la non-nécessité de l'incarcération pour aboutir finalement à un élément circonstanciel qui atténue la gravité de l'infraction.

En ce qui concerne la conversion de l'attente de clémence en circonstance atténuante, la Cour du Québec tenait un discours très similaire dans la décision *Perry*. Cette affaire implique deux amis, chacun monté sur leur propre motocyclette, et une course de rue. À l'approche d'une courbe Perry perçoit le danger et ralentit, son ami choisit plutôt d'accélérer. Sa course se termine par une collision mortelle avec une voiture venant en sens inverse. Perry fera face à des accusations criminelles, notamment à celle de conduite dangereuse ayant causé la mort. Si nous nous intéressons à cette affaire, c'est parce que,

¹⁶⁹ Tout comme ce fut le cas pour la vengeance, nous pouvons dire que la remise en question du recours à l'emprisonnement par le père de la victime ne représente pas du bruit pour le système—puisqu'elle l'amène à réagir—mais plutôt de l'information pertinente sur le plan strictement *thématique*.

lors des audiences pour la détermination de la peine de l'accusé, la mère de la victime a soumis une lettre au tribunal dans laquelle elle partageait son point de vue sur les incidents :

« Je désire, par le biais de cette lettre, informer la cour de mes opinions et sentiments vis-à-vis *cet accident*. Kevin Perry est et a toujours été un ami pour mon fils Éric [la victime]. Ami d'enfance, ils ont été élevés ensemble. Kevin est un fils pour moi. *Je désire donc informer la cour, par le biais de cette lettre que je considère mon fils Éric comme le seul responsable de cet événement*. Depuis le 10 octobre 2008, culpabilité et remords sont le lot quotidien de Kevin. Kevin dans cet événement a perdu plus qu'un ami, il a perdu un frère. *Les sentiments de culpabilité et la peine que ce jeune a ressentis sont plus qu'une punition*. Nous nous devons d'être justes et équitables. Je crois sincèrement que mon fils Éric est responsable des événements, car lui seul avait le contrôle de la situation. Kevin a subi également un traumatisme celui de perdre un "frère". *Je crois en la justice, mais non en la vengeance*. Mes sentiments comme mère de la victime sont que seul mon fils Éric est responsable de sa mort et personne ne me convaincra du contraire. *Je demande donc par la présente la clémence de la cour pour Kevin Perry*. » (R. c. Perry, 2011 J.Q. 2709, par. 28; nos italiques).

Tout comme pour le père de la victime dans l'affaire *Michaud* (*supra*), dans l'affaire Perry, la mère de la victime parle d'« accident » plutôt que de crime. Si elle insiste pour parler malgré tout de responsabilité, c'est à son propre fils qu'elle attribue la pleine et entière responsabilité de ses actes. La preuve démontrait qu'il avait lui-même choisi d'accélérer, l'accusé ne l'avait pas contraint de le faire. La mère de la victime évoque également les souffrances vécues par l'accusé : les sentiments de culpabilité, la tristesse ressentie, le traumatisme relié à la perte d'un ami proche, d'un « frère » insiste-t-elle. La mère de la victime tente ainsi de convaincre le tribunal du fait que l'accusé a déjà été sévèrement puni par les événements, qu'il écope déjà des « sanctions de la réalité » et qu'il n'est donc pas nécessaire ni souhaitable, dans les circonstances, d'ajouter à ces maux la sanction du droit criminel. La mère de la victime va prendre à revers les notions juridiques de « justice » et de « vengeance » : la sanction du droit criminel devient, pour elle, une forme de « vengeance » et la « justice » s'apparente à une forme de pardon ou à une forme d'intervention qui ne vise pas la souffrance de l'accusé. Le tribunal va tenir le même

discours qu'il a tenu dans l'affaire *Michaud*, c'est-à-dire que le point de vue des victimes et/ou des proches des victimes ne peut pas faire dévier le processus enclenché :

« Le Tribunal précise avec respect qu'il n'appartient pas aux victimes ou à leur famille de qualifier si l'acte posé est criminel ou accidentel comme il appartient seulement aux tribunaux d'imposer les peines même si de leur part s'y trouve un appel à la clémence. Le 10 octobre 2008, Kevin Perry a commis une infraction criminelle dont la gravité objective est très élevée. Le mot accident doit être employé lorsqu'une faute civile a causé un résultat. Par contre, le Tribunal doit tenir compte des sentiments vécus par la mère de la victime décédée. Lorsque les membres de la famille d'une victime réclament dans leur douleur au tribunal une peine sévère, ce dernier doit prononcer une sanction dont un des facteurs aggravants sera les conséquences vécues par la famille. Le contraire s'appliquera aussi dans une situation comme la présente, lorsque malgré la douleur vécue par une mère qui perd son fils fait appel à la clémence du Tribunal. Mais en aucun cas le fardeau d'imposer une peine ne doit reposer sur les épaules d'une victime ou de son entourage familial. Il appartient seulement aux tribunaux la tâche de punir un individu conformément à la Loi et la jurisprudence. » (R. c. Perry, 2011 J.Q. 2709, par. 248-249; nos italiques).

Comme il l'avait fait dans *Michaud*, le tribunal rappelle « avec respect » que les victimes ou leur famille ne sont pas autorisées à déterminer la nature criminelle ou accidentelle de l'acte. Cette réaction des tribunaux suggère que de telles affirmations sont reçues comme une atteinte à l'indépendance judiciaire ou du moins comme une « ingérence victimaire » dans la sanction du droit. Parler d'accident implique la dissolution de la responsabilité criminelle de l'accusé, il s'agit donc d'un « input » qui menace la légitimité de l'intervention pénale et qui doit par conséquent être encadré, voire réinterprété de manière à ne pas remettre en cause la prérogative du droit criminel dans ce genre de situation. Ici, pour le tribunal, le rapprochement avec les victimes qui recherchent la clémence en négociant la qualification de l'infraction et/ou le *quantum* de la peine représente une menace à l'indépendance judiciaire.

Dans le même extrait, le tribunal évoque par ailleurs l'importance de ne pas transférer le fardeau de la *détermination* de la peine sur les épaules des victimes, mais il ne se souciera

pas du fardeau que représentera, pour ces mêmes victimes, le fardeau de la peine imposée sur celui ou celle qui, selon elles, ne la mérite pas.

Ce que le tribunal va retenir de la lettre, c'est que la mère demande au tribunal de faire preuve de clémence envers l'accusé et va répondre à cette attente en reconnaissant « *les sentiments tels qu'exprimés par la mère de la victime* » comme une circonstance atténuante. À cet égard, le tribunal semble faire état d'un « principe » à l'égard de la réception des sentiments des proches des victimes : lorsqu'ils demandent une peine sévère, les tribunaux ne vont pas la leur livrer ou justifier la peine en s'appuyant sur leurs sentiments, mais vont plutôt convertir cette requête en circonstance aggravante. À l'inverse, comme c'est le cas dans *Perry*, lorsque les proches des victimes demandent la clémence (et visiblement toutes autres requêtes qui remettent en question la nécessité de la peine), les tribunaux y verront une circonstance atténuante. Cela nous démontre encore une fois que c'est le système qui détermine l'input et non l'inverse. L'environnement ne détermine pas le système, c'est le système qui détermine comment l'environnement peut « intervenir » à l'interne. Ce sont les structures du système ou son organisation interne qui jouent un rôle déterminant dans la réception et la mise en forme des inputs. On parle alors d'un processus d'« in-formation » qui pourrait être traduit mots à mots par processus de « mise en forme interne » du bruit en information (Dubé et Garcia, 2018, 2). En matière de droit criminel, ces structures internes peuvent engendrer des difficultés dans la réception d'un message. L'affaire *Deschênes*, dont l'analyse suit, illustre très bien cette difficulté.

Dans la décision *Deschênes* (2012), nous observons cette même tendance qui convertit la demande de clémence de la victime comme une circonstance atténuante. Par ailleurs, cette décision nous permet également d'observer un phénomène plus rare qui

consiste à moduler la peine afin de répondre aux besoins concrets de la victime. À l'intérieur de notre corpus empirique, nous n'avons pas trouvé de cas où un tribunal manifeste plus clairement sa volonté de répondre aux besoins de la victime concrète. Rappelons les faits à l'origine de cette affaire.

Dans *Deschênes*¹⁷⁰, nous nous trouvons devant un cas de conduite avec les facultés affaiblies ayant causé des lésions corporelles, infraction qui était punissable d'une peine maximale de dix ans au moment de l'infraction. Cette affaire met en cause l'histoire de deux amis d'enfance qui au début de la vingtaine, après avoir passé une soirée dans un bar, furent impliqués dans un accident de la route¹⁷¹ qui priva le passager (la victime) de l'usage de ses jambes et de ses mains. Quant au conducteur, il s'en sortit avec des blessures mineures, mais se retrouva au banc des accusés où on lui reprocha d'avoir pris le volant alors que ses facultés étaient affaiblies par l'alcool et le cannabis. Le procureur demanda une peine d'emprisonnement ferme d'une durée variant entre 18 et 20 mois, alors que la défense suggéra, en plus d'une amende, une peine d'emprisonnement discontinu avec une ordonnance de service communautaire auprès de la victime¹⁷².

Hormis le fait que les deux parties se sont appuyées sur la logique interne de la RPM pour demander l'incarcération, cette décision retient l'attention parce qu'elle porte sur un cas où pratiquement *toutes les conditions étaient réunies pour éviter le recours à l'incarcération*. D'abord, l'infraction pour laquelle l'accusé fut poursuivi en justice ne prévoyait pas de peine minimale. La décision *Perry* rendue en 2011 avait invalidé

¹⁷⁰ L'analyse de la décision *Deschênes* qui suit reprend partiellement l'analyse qui a été effectuée dans un chapitre que nous avons publié dans le livre *Réformer le droit criminel au Canada : défis et possibilités* paru aux Éditions Yvon Blais en 2017.

¹⁷¹ Précisons que l'accident dont il est question n'impliquait aucune autre voiture ni personne d'autres que l'accusé et la victime.

¹⁷² *R. c. Deschênes*, préc. note 4, par. 3.

l'amendement introduit en 2007 qui empêchait le juge d'ordonner une peine d'emprisonnement avec sursis pour conduite causant des lésions corporelles¹⁷³. Par ailleurs, l'accusé et la victime partageaient un lien d'amitié, et en ce sens, nous ne sommes pas dans une situation où l'accusé a été l'agresseur de la victime: ils participaient plutôt à une « aventure commune¹⁷⁴ ». En outre, du point de vue de l'accusé et de la victime, la situation-problème était déjà résolue avant même l'intervention du droit: en effet, durant les deux années qui s'étaient écoulées entre l'infraction et la tenue du procès, *l'accusé avait pleinement pris ses responsabilités de citoyen en agissant comme un aidant naturel auprès de son ami*. L'accusé a apporté une aide quotidienne à la victime que ce soit pour le lever de son lit, le laver, le nourrir, etc. Toutefois, du point de vue d'un droit public, tel que le droit criminel, la situation n'était pas perçue comme étant *réglée* ou *résolue*. Ne pas intervenir ou ne pas punir l'accusé n'enverrait pas le message souhaité par le tribunal, à savoir qu'il y a des conséquences proprement pénales qui doivent suivre les transgressions à la norme pénale. En l'espèce, la conséquence pénale qui était dans la mire du tribunal était assurément une peine d'emprisonnement. Lorsque la victime voyait que son ami risquait l'incarcération suite aux propositions des parties, elle a pris la parole pour manifester ce que représenterait pour elle une peine d'incarcération pour l'accusé :

« Monsieur le juge, si je peux me permettre. De donner une peine d'emprisonnement à David, d'après moi, ce ne serait pas seulement de faire une deuxième victime à l'accident, mais ce serait de me rejeter directement dans la carcasse de la voiture. (... mot inaudible) Ce serait trop pour moi... de comprendre ça... *j'ai besoin de David*. » (*R. c. Deschênes*, 2012 J.Q. 12755, par. 12).

¹⁷³ « [1] The appellants appeal from a sentence rendered by the Court of Quebec, District of Terrebonne, Criminal and Penal Division (the Honourable Judge Valmont Beaulieu), rendered on March 24, 2011, which declared section 742.1 (as worded between November 20, 2007, and November 20, 2012) and section 752 of the Criminal Code, when read together, to be constitutionally invalid and accordingly of no force or effect, and ordered the respondent to serve a ten-month conditional sentence of imprisonment on the first count and two years less one day on the second count, followed by a one-year probationary period ». (*R. c. Perry*, 2013 QCCA 212, par. 1).

¹⁷⁴ *Ibid.*, par. 52.

La demande de la victime ne pouvait pas être plus explicite et plus opposée à la peine d'emprisonnement. En effet, pour la victime, l'incarcération de l'accusé signifiait la privation d'une aide précieuse; incarcérer l'accusé, c'était ramener la victime au moment où le préjudice était à son paroxysme, car l'aide quotidienne apportée par l'accusé deviendrait impossible. En s'adressant ainsi au tribunal, la victime *informe* le tribunal que l'incarcération de l'accusé allait lui causer un préjudice additionnel. L'accusé a pris dramatiquement conscience de sa conduite fautive et qu'il a assumé la responsabilité de sa faute devant son ami et la société. Malheureusement, le tribunal n'a pas dans les structures internes du droit criminel de quoi recevoir cette information et honorer cette forme de justice. Il doit œuvrer dans les structures du système et dans ces structures, le sens de l'intervention victimaire va devoir être déconstruit et reconstruit autrement. Les traces de cette reconstruction sont visibles dans l'énoncé qui suit :

« [...] [la victime] demande au système judiciaire de *reconnaître la faute* de l'accusé *tout en limitant sa peine* [...] *pour limiter son propre préjudice*. *Le message de ce sain égocentrisme fort justifié doit être entendu*. » (R. c. Deschênes, 2012 J.Q. 12755, par. 56; nos italiques).

Pourquoi parler d'*égocentrisme* et non d'*altruisme*? Pourquoi ne pas voir dans cette requête de la victime une *preuve claire de la responsabilisation pleine et entière de l'accusé*? De manière générale, nous avons peut-être tendance à trop rapidement associer l'égocentrisme au fait de penser à soi-même. Mais lorsqu'une victime parle des souffrances qu'elle a subies, on ne qualifie pas sa déclaration d'égocentrique même dans les cas où elle cherche à obtenir avec cette déclaration une peine plus sévère. Mais dans *Deschênes*, la victime, même si elle inclut effectivement dans ce qu'elle dit ses propres intérêts (comme toutes autres victimes d'ailleurs), elle ne le fait pas au détriment de l'accusé. À travers sa requête de sanctions non carcérales, la victime est surtout en train d'essayer d'envoyer au

tribunal le message plus fondamental que, de son point de vue, le problème est « déjà » réglé et que l'accusé a non seulement reconnu les torts qu'il a causés, mais qu'il a également pris ses responsabilités de citoyen. L'accusé a assumé concrètement, quotidiennement, spontanément, avant même que le droit criminel n'intervienne, sa pleine et entière responsabilisation vis-à-vis des torts subis. Il est allé en quelque sorte au-delà des attentes de justice prévues à l'article 718 f) du code criminel, soit celles relatives au fait de devoir « 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 ». Mais le droit criminel, aveuglé par l'obsession conséquentialiste de la punition, ne peut se libérer de l'obligation de punir. Le tribunal condamne l'accusé et prononce une peine d'emprisonnement discontinu avec une ordonnance de probation de deux ans incluant des travaux communautaires au bénéfice de la victime.

Pour le justifier, le tribunal va d'abord ré-interpréter les propos de la victime et leur faire subir une subtile entorse : le tribunal déclare que « bien au-delà de la réhabilitation de l'accusé ou du pardon de la victime [...], il y va de l'intérêt réel de la victime qui a convaincu le [tribunal] que si une peine de détention *importante* était imposée, la victime en subirait les conséquences¹⁷⁵ ». La victime ne parlait pourtant pas d'écarter une peine de détention *importante*, elle demandait que l'on écarte *toute peine de détention*, puisque n'importe quelle peine de détention, incluant une peine de détention discontinuée de fin de semaine viendrait compromettre l'aide que lui apporte l'accusé quotidiennement, incluant les fins de semaine. La victime avait bien informé le tribunal de ses besoins et de leur quotidienneté : « Dans le fond, *j'ai besoin d'aide constamment, le matin, le soir, pour me*

¹⁷⁵ Au paragraphe 52, le tribunal va même affirmer que « la peine doit être modulée pour avantager la victime ».

coucher et me lever, faire à manger, les travaux... tous ces travaux domestiques mêmes dans les loisirs, c'est plus dur aussi. Ça prend de l'aide tout le temps. Ça s'est sûr. » (R. c. Deschênes, 2012 J.Q. 12755, par. 10). Paradoxalement, la peine d'emprisonnement même discontinu entraîne le préjudice additionnel que craignait la victime et devant lequel le tribunal se disait sensible : le tribunal perd alors de vue ce qu'il voulait entreprendre, c'est-à-dire éviter, avec la peine, de causer un préjudice additionnel à la victime.

Dans l'affaire *Deschênes*, l'input de la victime a certes été converti en une circonstance atténuante¹⁷⁶, ce qui est la tendance forte lorsque la victime pardonne ou demande la clémence au tribunal. Cependant, l'input de la victime va aussi déclencher une réaction beaucoup plus rare de la part des tribunaux : il va amener le tribunal à accorder un plus grand poids qu'à l'habitude à l'objectif de la réparation des torts causés à la victime et à « valoriser¹⁷⁷ » la modération.

L'input de la victime constitue donc l'élan initial qui amène le tribunal à considérer la possibilité d'emprunter le sentier vers la modération¹⁷⁸, notamment en considérant l'objectif de réparation. Pour faire une place à cet objectif, le juge va s'inspirer de la décision *Pelletier* et indiquer trois critères qui se rapportent directement à l'accusé. Le premier critère est *la réhabilitation* (réinsertion sociale) ; ce critère est satisfait lorsque le délinquant fait une démonstration convaincante de sa réhabilitation, ce qui est le cas en l'espèce. Le deuxième critère est *le pardon de la victime ou celui de ses proches*, critère qui est également rempli. Enfin, le troisième critère est la *capacité de l'accusé à offrir une*

¹⁷⁶ Le tribunal va identifier 13 circonstances atténuantes dont le pardon accordé par la victime.

¹⁷⁷ Du point de vue du tribunal, la sanction imposée est perçue comme étant particulièrement clémence, même si l'incarcération a été utilisée.

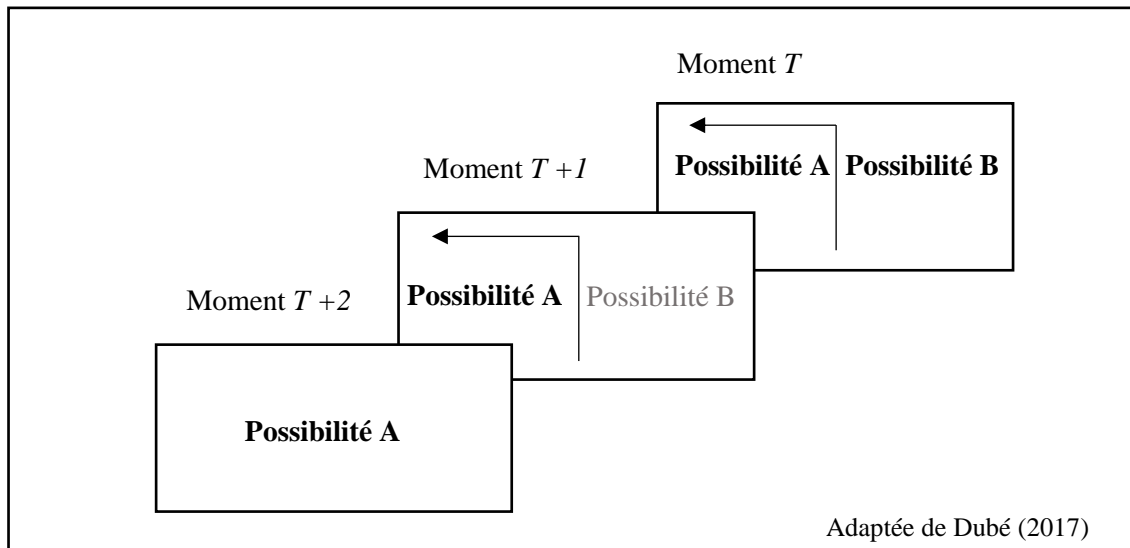
¹⁷⁸ Selon notre lecture de la décision *Déchênes*, tout semble porter à croire que, sans l'input de la victime, le tribunal aurait emprunté les sentiers battus, c'est-à-dire, en l'espèce, le recours à l'incarcération ferme.

aide à la victime – critère qui est également pleinement atteint. Dans sa démarche vers la justification d'une sanction *juridiquement* perçue comme étant clémente, le tribunal réitère au passage l'identité guerrière du droit criminel en affirmant que: « Si ce n'était de ce critère [la réparation des torts], [...] *une peine de détention significative devrait être imposée même à l'individu dont le profil est parfait*¹⁷⁹ ». Cela ne nous empêche pas de reconnaître que le juge fait ici un effort remarquable pour limiter son « automatisme » vers l'incarcération, qu'il réussit malgré tout à le contrôler de manière à prévenir l'extrême de l'incarcération intégrale. Il ne réussit pas à neutraliser complètement les effets de cet « automatisme » et finira par succomber, sous une forme plus modérée, à l'idéal de l'incarcération. En réalité, les théories répressives de la peine ont limité la portée de l'objectif de réparation des torts et, du même coup, l'élan du tribunal vers la modération dans la détermination de la sentence.

L'affaire *Deschênes* illustre alors parfaitement cette difficulté qu'ont les tribunaux à résoudre les conflits sans avoir recours à une logique de l'incarcération. Nous pouvons expliquer cette difficulté en soulignant que les tribunaux ont plus de facilité à aller vers *plus de sévérité, plus de punition* que l'inverse. À chaque fois qu'un tribunal valorise l'affliction et/ou l'exclusion sociale, les structures qui vont dans cette direction se condensent, se cristallisent davantage jusqu'à devenir la possibilité « qui va de soi ». La structure est si imposante qu'elle occulte les autres possibilités. La Figure 8 - L'occultation des possibilités par la condensation des structures, que nous avons reprise de Dubé (2017, 99), illustre comment avec le temps, au fil des opérations, certaines possibilités vont de soi alors que d'autres tendent à s'occulter.

¹⁷⁹ R. c. *Deschênes*, 2012 J.Q. 12755, par. 36.

Figure 8 - L'occultation des possibilités par la condensation des structures



La figure 8 illustre le processus de condensation des opérations d'un système qui, au fil de ses opérations, crée une structure qui oriente les prochaines opérations en privilégiant les possibilités qui ont été sélectionnées antérieurement. Dans le schéma, la tendance sélective du système favorise la possibilité A au détriment de la possibilité B. Au fil du temps, la possibilité A devient progressivement la seule possibilité visible. Dans *Deschênes*, nous pouvons dire que la possibilité B était celle de ne pas recourir du tout à l'incarcération et que la possibilité A impliquait de recourir à l'incarcération. Dans cette décision, la possibilité d'éviter le recours à l'incarcération était occultée par les injonctions de punition qu'exigeaient les théories de la dissuasion, de la dénonciation et de la rétribution.

Nous pouvons dire que ce qui fait obstacle à l'exploitation des *inputs* victimaires non punitifs et plus généralement à la transgression de la limite inférieure sont des *contraintes*, non pas tellement sociales, mais *psychiques*. Dubé (2017) explique que la particularité de ces contraintes psychiques – par opposition aux contraintes sociales – est qu'elles occultent

les possibilités en créant un angle-mort. Autrement dit, le système psychique ne voit pas qu'il ne voit pas, il s'agit d'une « tache aveugle » au sens de Heinz von Foerster (1988) ou d'un « obstacle épistémologique » au sens de Bachelard (Pires, 2002a). La difficulté que représente alors la valorisation de la clémence ou de la modération réside dans le fait que cette orientation ne dispose à peu près pas de soutien cognitif pour valoriser cette orientation en matière de détermination de la peine. Nous pouvons dire avec Garcia et Dubé (2017a, 17-19) qu'il y a un « manque de théories positives pour penser l'intervention » dans cette direction, c'est-à-dire valoriser la clémence, la modération, le non-recours au carcéral, voire le pardon.

ii) Les conditions d'émergence des demandes de clémence

Les demandes de clémence que nous venons d'analyser ont toutes été formulées dans le contexte de délits routiers : conduite dangereuse, course de rue, conduite avec les facultés affaiblies, soit des situations où il n'y pas d'intention de causer un préjudice ni à la victime ni à ses proches. Nous n'avions pas cherché au préalable à obtenir cette « homogénéité » dans notre échantillon. Nous avons tout simplement sélectionné les énoncés qui nous semblaient les plus pertinents pour l'analyse de la réception des demandes de clémence. Comment interpréter l'émergence de cette homogénéité « accidentelle¹⁸⁰ »? Cet ordre de faits est-il le fruit du hasard ou plutôt d'une forme de déterminisme?

Nous ne croyons pas que l'homogénéité de notre échantillon soit due à un hasard.¹⁸¹ D'abord, les statistiques judiciaires démontrent que la majorité des dossiers qui se rendent

¹⁸⁰ Accidentel au sens où le chercheur n'a pas voulu obtenir ou arriver à un tel résultat.

¹⁸¹ Par échantillon, nous faisons référence aux décisions qui apparaissent dans cette section portant sur la réception des demandes de clémence.

aux palais de justice sont effectivement des infractions impliquant des véhicules à moteur¹⁸². Cela explique une plus forte probabilité de tomber sur un dossier traitant d'un délit routier, mais cela n'explique pas pourquoi les demandes de clémence émergent plus souvent dans ce type d'infraction.

Nous pouvons soulever deux hypothèses qui expliqueraient cette surreprésentation des attentes de clémence parmi les délits routiers. La première serait la présence d'une *proximité primaire affective* entre l'accusé et la victime. Cette hypothèse nous amène à prendre au sérieux les liens sociaux existant entre l'accusé et la ou les victime(s) et à nous défaire de la rationalité juridique qui tend à les opposer ou à les oublier. Dans la deuxième hypothèse, il s'agit encore de la présence d'une proximité, mais, cette fois, d'une *proximité secondaire empathique*. La nature des délits routiers rendrait possible une intercompréhension ou une compréhension réciproque où la victime aurait une plus grande facilité à se reconnaître dans la personne accusée. Les circonstances des délits routiers, plus que les circonstances d'autres types d'infractions (ex. viol, meurtre, etc.) favoriseraient l'adoption d'une posture miséricordieuse chez la victime. Comme le soulignent Dubé et Garcia (2019, 16) :

« Il est sans doute psychologiquement plus facile pour l'être humain d'entretenir une aversion envers quelqu'un qu'il ne connaît pas et qu'il ne comprend pas qu'envers un proche ou quelqu'un dont les faits et gestes ne lui paraissent pas complètement insensés ou purement mesquins ».

Effectivement, entre un ami qui conduit ivre et un inconnu qui s'introduit dans notre domicile, il est probablement plus facile d'adopter une posture non-punitif ou miséricordieuse à l'égard du premier qu'à l'égard de second. Nous sommes plus enclins à

¹⁸² Pour l'année fiscale 2015-2016, les délits routiers représentaient 29,5% des infractions qui se trouvaient devant les tribunaux, ce qui fait de ces infractions les plus nombreuses pour cette période.

comprendre le contexte dans lequel la conduite avec les facultés affaiblies d'un ami est commise parce que, bien souvent, on participe à une aventure commune avec l'accusé; on tend à observer ce genre d'infraction routière comme relevant d'un comportement qui contrairement à l'introduction par effraction n'est pas planifié ou n'est pas commis en ayant à la conscience les torts qui découleront de l'adoption de ce comportement. Bref, ces deux types de *proximité* seraient hypothétiquement des *conditions d'émergence des attentes victimaires clémentes*.

Nous pouvons explorer ces hypothèses en mobilisant chez Luhmann (2012, 321) le concept de « *script* » qui nous renvoie à des « *stereotyped expectation patterns*¹⁸³ ». Dans le contexte d'une société hautement complexe (sur le plan communicationnel), les *scripts* agissent comme des schémas d'observation avec lesquels nous nous sommes familiarisés et qui permettent à la communication sociale de continuer d'opérer (Ibid.). Autrement dit, il s'agit d'un mécanisme de réduction de la complexité communicationnelle. Ils peuvent prendre la forme d'une attribution de lien de cause à effet ou encore d'une attribution d'intentions ou de motifs donnant un sens à un comportement. Par exemple, nous pouvons considérer que lorsque les tribunaux attribuent un désir de vengeance aux victimes, ils mobilisent un *script*. Ces *scripts* sont largement diffusés dans la société par les médias de masse (Ibid.).

Le concept de *script* nous amène à identifier les variables qui opèrent lorsque les victimes demandent la clémence du tribunal. Nous connaissons la variable dépendante—la demande de clémence par la victime—et nous avons identifié les variables indépendantes *supra* : il s'agit de la *proximité primaire affective* et de la *proximité secondaire empathique*.

¹⁸³ Luhmann s'inspire de la tradition sociologique allant de Max Weber à Alfred Schütz pour présenter les *scripts* comme tel.

Ces deux types de proximité ne sont pas réservés aux délits routiers, car il est possible de les observer dans d'autres contextes impliquant de la violence physique (ex. violence conjugale) et des abus sexuels (ex. agression sexuelle, inceste)¹⁸⁴.

La *proximité primaire affective* renvoie essentiellement aux liens sociaux qui existent entre l'accusé et la victime. Les possibilités de mises en forme de ces liens sont multiples : l'accusé et la victime peuvent être liés d'amitié comme ils peuvent être membres de la même famille sans oublier les liens conjugaux. Dans les décisions *Michaud*, *Perry* et *Deschênes*, les liens sociaux entre l'accusé et la victime qui demandait la clémence découlaient tous de liens d'amitié que l'accusé avait tissés avec la victime. Dans ces cas précis où la victime est décédée, ce sont les parents qui se sont adressés au tribunal reconnaissant le lien d'amitié qui unissait l'accusé et leur enfant décédé; il s'agissait du père de la victime dans *Michaud* et *Dufour*¹⁸⁵ et de la mère de la victime dans *Perry*. La *proximité primaire affective* suggère alors que lorsque la victime connaît bien l'accusé, celle-ci serait plus encline à demander la clémence au tribunal. Évidemment, à l'intérieur de ces liens sociaux, d'autres enjeux peuvent venir déterminer si une victime va demander la clémence du tribunal. Les enjeux financiers sont l'un d'entre eux¹⁸⁶. Le temps passé en milieu carcéral peut représenter un revenu perdu à jamais pour l'accusé, mais aussi pour la victime si l'accusé et la victime vivent ensemble. Si la victime dépend financièrement du revenu de l'accusé ou que ce dernier gagne le plus gros salaire du ménage, il est dans l'intérêt de la victime de demander la clémence du tribunal. Dans l'affaire *H.V.* portant sur

¹⁸⁴ Dont les décisions *R. c. A.R.*, 2004 J.Q. 10754 (violence conjugale) et *R. v. J.W.*, 2016 O.J. 5178 (agression sexuelle).

¹⁸⁵ Nous avons cité l'affaire *Dufour* à la section 3.1.1.1.

¹⁸⁶ Comme nous l'avons vu dans le point 3.1.1, les convictions religieuses peuvent intervenir également pour adopter une posture miséricordieuse à l'égard de l'accusé. Dans *J.W.* (section 3.1.1.1.), la jeune victime qui a été abusée par le conjoint de sa mère, qu'elle considère comme étant son père, parvient à lui pardonner.

une affaire d'agression sexuelle d'un mari sur son ex-conjointe, la victime explique qu'elle souhaite garder contact avec l'accusé parce qu'elle estime qu'il est néanmoins un bon père de famille et qu'il apporte le principal revenu de la famille. Le juge cite un passage du rapport présentiel dans lequel le point de vue de la victime est exprimé:

« The victim was very adamant that she still wishes to have contact with the accused but on her own initiation. She explained that because he is a good father, grandfather, provider and friend to many, she still wants him in her life and that of her family's, at such times as Christmas, Easter and the like. (She) added that she "doesn't feel (he) needs to go to jail. He was in jail long enough. It would hurt her and her family very much if he had to serve more than a weekend jail sentence." She stated that "(he) has the extremely important job of caring for their granddaughter and if jailed, it would be a hardship on the family. She concluded... by saying that she is not threatened by (him) » (R. v. H.V., 1998 O.J. 4694, par. 15)

Le raisonnement de la victime qui l'amène à demander au tribunal de ne pas incarcérer l'accusé plus longtemps (il était en détention provisoire depuis un mois lors des audiences sur la peine) ne pourrait pas mieux illustrer cette *proximité primaire affective*. Si nous mettons cet énoncé en dialogue avec les autres énoncés provenant des affaires *Michaud, Perry* et *Deschênes (supra)*, nous pouvons tirer la conclusion que la proximité primaire affective—et les enjeux pouvant lui être associés—constitue une condition qui rend l'émergence d'attente de clémence *possible*. Dans *H.V.*, il s'agissait d'une femme et de son ex-mari, mais nous avons également vu dans les affaires de délits routiers que ces attentes de clémence émergeaient aussi des liens d'amitié.

Sociologiquement, nous pouvons observer que parmi la très grande diversité des comportements qui sont inclus dans les infractions criminelles, certains sont *a priori* propices à la *proximité primaire affective* et la *proximité secondaire empathique*. Nous avons vu que les délits routiers étaient propices à la proximité primaire affective. Il semblerait que ces infractions soient également propices à la *proximité secondaire*

empathique. Cela signifie que l'on devrait pouvoir observer une certaine facilité à se reconnaître soi-même dans l'accusé, *même si celui-ci est un étranger pour la victime*. À cet égard, la *proximité secondaire empathique* semble s'appliquer particulièrement bien aux délits routiers¹⁸⁷. Par ailleurs, dans la jurisprudence, les tribunaux ne cessent de rappeler à quel point les personnes condamnées pour ce type d'infractions sont généralement des citoyens respectueux des lois¹⁸⁸. Virtuellement, bien des gens en âge de conduire peuvent se reconnaître dans l'accusation de conduite avec facultés affaiblies ou de conduite dangereuse et se dire que « ce aurait pu être moi ».

Il y aurait, par conséquent, une *proximité secondaire empathique* pour ce type d'infraction qui ne se retrouve pas nécessairement dans d'autres contextes délictuels. En effet, il est sans doute plus facile pour une victime¹⁸⁹ de se reconnaître dans l'accusé qui prend le volant en état d'ébriété¹⁹⁰ que dans celui perçu comme « monstre » parce qu'il a agressé sexuellement et violenté une autre personne. L'observation d'une victime qui pardonne un accusé lui étant inconnue constituerait, à cet égard, une preuve convaincante que la *proximité secondaire empathique* des délits routiers représente une condition d'émergence des demandes de clémence. Le fait que la victime et l'accusé soient des étrangers l'un par rapport à l'autre évacue l'intervention d'une quelconque *proximité primaire affective* dans la genèse de la demande de clémence chez la victime. Nous nous situons dans un tel scénario avec l'affaire *Leblanc* où l'accusé et la victime ne se connaissent pas. L'accusé, âgé de 23 ans, a été reconnu coupable de conduite dangereuse

¹⁸⁷ Cette observation corrobore celle effectuée par nos collègues Dubé et Garcia (2019, 18) à partir d'entrevues avec des juges.

¹⁸⁸ Voir *R. c. Proulx*, 2000 1 R.C.S. 61, par. 129.

¹⁸⁹ Il en va de même pour les proches des victimes dans le cas du décès de la victime.

¹⁹⁰ À cet égard, l'affaire *Deschênes* constitue un exemple particulièrement parlant puisque les rôles auraient très bien pu être interchangés. L'accusé et la victime étaient tous deux intoxiqués par l'alcool et ont néanmoins choisi de prendre leur voiture.

ayant causé des lésions corporelles après avoir tenté une manœuvre de dépassement à un endroit où il lui était interdit de le faire. Plusieurs voitures se trouvaient devant lui et au moment où il atteint la hauteur de la voiture à la tête de la file, celle-ci entreprend une manœuvre pour tourner à gauche qui n'avait pas été anticipée par l'accusé. La collision a entraîné des conséquences non négligeables sur la victime dont de nombreuses vertèbres fracturées et des lacérations. En dépit de ses blessures sérieuses, la victime, âgée de 57 ans au moment des événements, adopte une attitude miséricordieuse :

« [...] Selon des commentaires livrés [par la victime] tant au procureur du ministère public qu'à celui de l'accusé, *elle considère l'accident comme le résultat d'une erreur de jugement, pardonne à l'accusé, espère qu'il réussira à « remettre sa vie sur les rails », estime qu'une peine d'emprisonnement ne constituera pas une réparation ni pour elle, ni pour lui.* » (R. c. Leblanc, 2013 QCCS 753 (CanLii), par. 6).

À l'intérieur d'une « éthique du *pour-l'autre* », nous pourrions dire que la victime a choisi de faire preuve de clémence (Lévinas 1991, cité dans Dubé et Labonté, 2016, 696), car elle parvient à pardonner à l'accusé, à lui transmettre des vœux de réussite et à indiquer qu'une peine d'emprisonnement ne lui apportera aucune réparation, ni pour elle-même ni pour l'autre. Ce qu'il faut considérer ici, c'est que cette attitude miséricordieuse a été facilitée par la nature même de l'infraction commise et non pas par la proximité primaire affective, car il n'y en avait aucune. En effet, ici aussi, la victime observe l'acte préjudiciable, comme c'est souvent le cas pour les délits routiers¹⁹¹, comme un accident ou une « erreur de jugement ». Sur le plan phénoménologique, il est plutôt aisé de se transposer dans une situation accidentelle ayant des conséquences, ce qui est propice à l'émergence de demande de clémence ou de pardon.

¹⁹¹ Nous avons eu l'occasion de le constater dans les développements précédents.

Ces *proximités personnelle et circonstancielle* offrent des explications satisfaisantes pour expliquer la surreprésentation des victimes non punitives dans les infractions routières de notre échantillon. Par ailleurs, les juges qui ont été interviewés par nos collègues Dubé et Garcia (2019, 18) reconnaissent que c'est dans ces délits routiers qu'ils rencontrent généralement la majorité des victimes demandant la clémence ou le pardon.

Dans le cas précis des délits routiers, si les *proximités personnelle et circonstancielle* peuvent amener les victimes à éventuellement demander la clémence, ces proximités entraînent une toute autre réaction de la part des tribunaux. Effectivement, dans l'arrêt *Proulx* le fait que ces infractions routières soient souvent commises par de « bons citoyens » constitue un motif pour valoriser les peines *dissuasives* :

« [...] Je souligne que ces infractions étaient très graves et qu'elles ont causé un décès et des lésions corporelles graves. *De plus, il est possible que la conduite dangereuse et la conduite avec les facultés affaiblies soient des infractions à l'égard desquelles il est plus plausible que l'infliction de peines sévères ait un effet dissuasif général. Souvent, ces crimes sont commis par des citoyens qui respectent par ailleurs la loi, qui sont de bons travailleurs et qui ont un conjoint et des enfants. Il est possible de supposer qu'il s'agit là des personnes les plus susceptibles d'être dissuadées par la menace de peines sévères.* » (R. c. *Proulx*, 2000 1 R.C.S. 60, par. 129).

Le contraste ne pourrait pas être plus net. Du côté de la victime et des proches, ces proximités les amènent parfois à demander la clémence, et du côté du tribunal, ces mêmes conditions entraînent une injonction de punition¹⁹². Dans les faits liés à l'arrêt *Proulx*, la Cour Suprême du Canada annule la peine d'emprisonnement avec sursis que la cour d'appel avait imposée pour rétablir la peine d'emprisonnement ferme de 18 mois prononcée au préalable par le tribunal de première instance¹⁹³. Ce que les conditions d'émergence des demandes de clémence permettent d'observer, c'est le clivage qui existe entre le point de

¹⁹² Cela vaut même lorsque le tribunal prend en considération la demande de clémence de la victime.

¹⁹³ Toutefois, la CSC atténuait la portée de sa décision en indiquant qu'il ne s'agissait pas d'un précédent qui interdisait le recours à l'emprisonnement avec sursis pour ce genre d'infraction.

vue des victimes et de leurs proches et celui du droit criminel. Que les victimes considèrent les conséquences funestes d'une conduite dangereuse comme étant un accident, du point de vue du droit, il s'agit d'une infraction criminelle avec laquelle vient généralement l'injonction d'une sanction.

3.3.2. Conclusion

À la lumière de ce qui précède, accueillir les attentes de clémence, de modération et de pardon comme des circonstances atténuantes au sein des tribunaux canadiens ne se fait pas à l'encontre des théories modernes de la peine, mais bien à travers ces théories, plus précisément à travers la théorie de la rétribution ou du « juste dû ». Par l'intermédiaire de catégories juridiques comme celle de la « proportionnalité » et de la « gravité de l'infraction », les désirs des proches des victimes sont alors conceptualisés comme des *éléments circonstanciels* de l'infraction. Ces attentes participeraient ainsi à la construction de la gravité de l'infraction (Boisvert et Jodouin, 2002, 784; Sebba, 2000, 61; Erez, 2000, 166) et les affaires judiciaires que nous avons pu analyser dans le cadre de cette sous-section constituent de bons exemples démontrant comment les « *inputs* » des victimes peuvent être mobilisés—moyennant une certaine mise en forme—dans le processus décisionnel de la détermination de la peine.

Que la victime demande vengeance, une peine sévère, une peine juste ou une peine clémence, le SDC va se réappropriier lesdits *inputs* pour les convertir en *information juridiquement pertinente*. Tous ces *inputs* n'ont pas été traduits en *information juridiquement pertinente sur le plan décisionnel*. La vengeance a été évacuée du processus décisionnel, mais nous avons vu qu'elle avait malgré tout une pertinence *thématique* en

reproduisant le mécanisme d'exclusion des inputs représentant une menace à l'indépendance judiciaire. De la même manière que pour la vengeance, lorsque les victimes affirment que, de leur point de vue, l'évènement relève d'un accident et non d'un crime, les tribunaux excluent ces affirmations du processus décisionnel, tout en maintenant une pertinence opérationnelle.

Dans ce processus de conversion des attentes de clémence, de modération et de pardon émerge la question de savoir pourquoi sont-elles considérées comme un élément atténuant la gravité de l'infraction? Généralement, les tribunaux ne considèrent pas certaines circonstances comme étant atténuantes ou aggravantes sans justification. Par exemple, si le plaidoyer de culpabilité est considéré comme une atténuante, c'est parce que les tribunaux considèrent que lorsque l'accusé plaide coupable, il évite le recours à des ressources judiciaires supplémentaires, parce qu'il sauve du temps précieux aux organisations judiciaires, mais aussi parce qu'il évite aux victimes d'avoir à faire un « douloureux témoignage »¹⁹⁴. En ce qui concerne les attentes de clémence, de modération et de pardon, quel est donc le rationnel sous-jacent qui en fait une circonstance *atténuante*?

¹⁹⁴ La cour du Québec explicite le rationnel derrière la reconnaissance du plaidoyer de culpabilité comme une circonstance atténuante : « [45] Le plaidoyer de culpabilité lui-même constitue une circonstance atténuante non seulement parce qu'il évite la tenue d'un procès et *le traumatisme additionnel qu'auraient vécu les parents de la victime s'ils avaient eu à en témoigner et à revivre les moments éprouvants qu'ils ont subis*, mais également parce qu'il survient alors que la seule preuve réside dans la déclaration incriminante qu'a fournie l'accusée dans des circonstances qui permettent de douter de son admissibilité en preuve. » (*R. c. Chav*, 2011 QCCQ 10468, par. 45); voir aussi la décision *R. c. S.T.*, 2017 QCCQ 8801 aux paragraphes 59 et 60 où le tribunal indique que « [...] La reconnaissance de sa culpabilité est importante puisqu'en cette matière, il n'est pas rare que *le ministère public éprouve des difficultés dans l'administration de sa preuve en l'absence d'aveux*. Dans ces cas, une preuve d'expertise est nécessaire et bien souvent un débat d'experts s'ensuit dans le cadre d'un procès. Souvent, des acquittements sont prononcés. [...] *L'aveu de ce dernier évite ainsi un long procès et un débat d'experts fort probablement très coûteux dans le cadre d'un long procès. L'aveu épargne aussi à la mère de rendre témoignage.* »; voir également la décision *R. c. M.S.*, 2005 NBBR 41 (Canlii), au paragraphe 45, où le tribunal affirme qu'il « est clair que l'aveu presque immédiat de [l'accusé] et son plaidoyer de culpabilité justifient une peine plus clémente dans un dossier comme celui-ci. En avouant ses fautes immédiatement, [l'accusé] a épargné à la jeune victime le traumatisme additionnel d'avoir à subir des interrogatoires policiers, une enquête préliminaire ainsi qu'un procès. ».

Nous pourrions penser que ces attentes de clémence atténuent la *gravité de l'infraction*. Cependant, le fait que les proches de la victime demandent au tribunal de faire preuve de clémence à l'égard de l'accusé n'enlève rien aux faits constitutifs de l'acte, ni à ses conséquences. Alors, encore une fois, comment expliquer que ces attentes de clémence, de modération et de pardon soient traduites en circonstances atténuantes? Une autre possibilité serait que les conversions de ces attentes de clémence, de modération et de pardon seraient une pratique judiciaire de reconnaissance des victimes et de leurs proches. Cette pratique de reconnaissance manifesterait un souci réel de la part des tribunaux de tenir compte des attentes des victimes. Il s'agirait, en ce sens, d'une façon de leur laisser savoir qu'elles ont été entendues.

À un autre niveau, ce que l'analyse de la réception de ces attentes à l'égard de la peine a pu révéler, c'est le rôle du *range* à l'intérieur duquel les tribunaux peuvent tenir compte des inputs victimaires. Dit autrement, l'analyse a dévoilé les limites qui départagent les inputs victimaires *admissibles sur le plan décisionnel des autres qui ne le sont pas*. Nous pouvons distinguer deux limites, l'une inférieure et l'autre supérieure.

La limite inférieure s'est manifestée lorsque les tribunaux avaient du mal à *comprendre* et à combler les demandes de clémence. Parmi les décisions que nous avons analysées, c'est sans doute l'affaire *Deschênes* qui mettait cette frontière sémantique le plus en évidence. Rappelons que dans cette affaire, la victime avait indiqué au tribunal qu'une peine d'emprisonnement était non seulement *inutile*, mais aussi *attentatoire* à son bien-être; *inutile* parce que l'accusé—en agissant comme un aidant naturel—et la victime—en pardonnant et acceptant l'aide de l'accusé—avaient trouvé, avant même les audiences sur la détermination de la peine, un nouvel équilibre face à l'avenir; *attentatoire*

au bien-être de la victime parce que la peine d'emprisonnement allait empêcher l'accusé d'apporter pleinement l'aide à la victime. En enfermant l'accusé, le tribunal privait la victime de l'aide que l'accusé lui apportait depuis déjà deux ans¹⁹⁵. Comme nous l'avons vu, le tribunal a entendu le message de la victime, mais à l'intérieur du cadre de référence mobilisé par le juge (la RPM), le sens du message a pris une autre forme : le message qui considérait la peine comme étant inutile et attentatoire a finalement pris la forme d'une *exigence* de reconnaissance de culpabilité et d'un *souhait* pour une peine d'emprisonnement modérée—conservant ainsi l'injonction d'une sanction carcérale qui n'était pas présente au départ dans les propos de la victime. Nous avons alors pu observer, par les traces qu'elle a laissées, l'intervention d'une frontière sémantique, en l'occurrence, une frontière inférieure de punition que le tribunal a eu du mal à franchir au moment de déterminer la peine¹⁹⁶.

D'un point de vue *strictement légal*, la transgression de cette limite inférieure est permise par le cadre établi par le système politique (par les lois en vigueur). En effet, en droit criminel canadien, lorsqu'une infraction donnée n'est pas punissable par une peine minimale ni par une peine supérieure à 14 ans ou équivalente à la perpétuité, les tribunaux peuvent, en principe, condamner l'accusé à des sanctions non carcérales telles que

¹⁹⁵ Ce qui nous amène à croire que nous ne trahissons pas les propos de la victime en affirmant que cette dernière aurait été favorable à un arrêt des procédures, puisque l'accusé aurait pu tout simplement continuer à lui apporter son aide, comme il l'avait fait pendant les deux années suivant l'infraction.

¹⁹⁶ Lorsque cette frontière est franchie, les tribunaux ont tendance à observer cette transgression comme étant de l'impunité. L'impunité peut prendre différents sens et c'est pourquoi nous pouvons comprendre ce concept comme étant un *médium* (Umaña, 2017). Le sens le plus commun est probablement celui qui porte sur l'absence de la peine ou de sa trop grande légèreté (Ibid., 2017, 359-360). L'impunité peut aussi désigner une non-intervention des autorités judiciaires, un délai trop long entre les événements et le déclenchement des procédures (Ibid., 2017, 299), mais il peut également désigner une sanction trop clémente par rapport à l'infraction. Dans *Deschênes*, le tribunal souligne, par ailleurs, que la sanction ordonnée est une exception afin de *neutraliser* la critique de l'impunité. Par exemple, au paragraphe 49, le tribunal affirme qu'il s'agit « d'un cas d'exception qui mérite une solution exceptionnelle, clairement en deçà de la fourchette des peines pour des dossiers de même nature où les séquelles sont aussi importantes. »

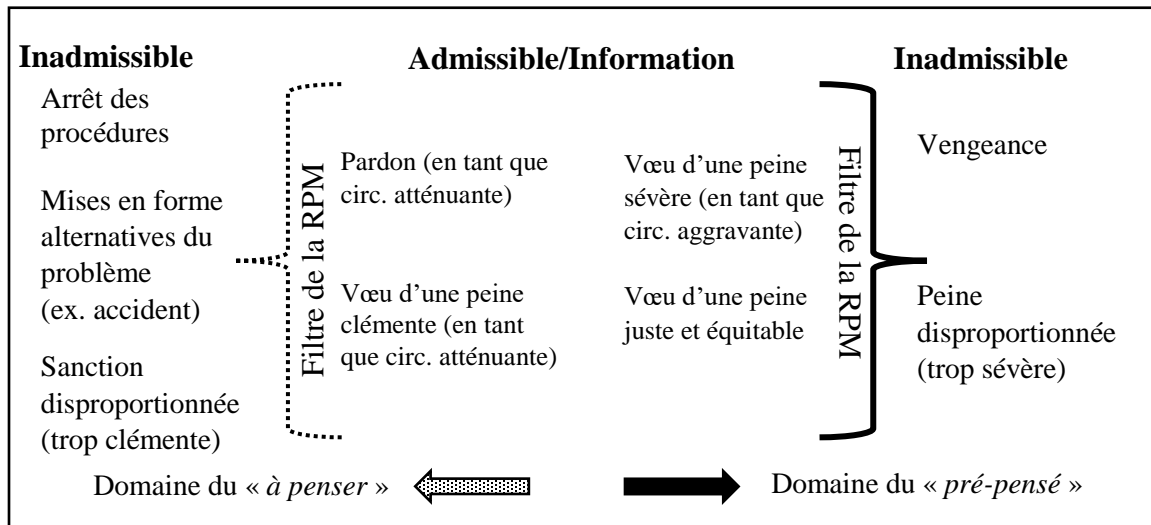
l'absolution¹⁹⁷, la probation et le sursis¹⁹⁸. Cependant, même si ces sanctions non carcérales sont *virtuellement* disponibles, elles se retrouvent néanmoins écartées, voir « invisibilisées ».

Contrairement à la limite *inférieure* mise en exergue dans *Deschênes*, la limite *supérieure* qui a été mise en évidence par les affaires *Nicholls* et *Mooswa* consiste plutôt en une contrainte sociale. L'obstacle n'est pas cognitif, mais sociojuridique. Nous nous situons dans le domaine du « pré-pensé ». C'est d'ailleurs pourquoi la *vengeance* est si facilement mise à l'écart sur le plan décisionnel : l'évacuation de la vengeance fait partie des *routines cognitives* du système. Face aux demandes de peines sévères, comme ce fût le cas dans *Moosva*, la limite qui intervient est celle du *range* qui avait été établi par la jurisprudence. La possibilité de la franchir n'était pas occultée, le juge pouvait la voir et même l'envisager, mais il ne pouvait pas l'exploiter. La Figure 9 nous offre une vue d'ensemble des enjeux de la réception des attentes victimaires politiquement dévalorisées à l'égard de la peine.

¹⁹⁷ Évidemment, les limites au recours à l'absolution sont plus complexes que nous le suggérons. Les tribunaux doivent d'abord déterminer si l'absolution est dans l'intérêt de l'accusé. Ils doivent ensuite établir si cette sanction est dans l'intérêt public, non pas au sens où elle apporterait un bénéfice à l'intérêt public, mais plutôt au sens où le prononcé de cette peine n'entraîne pas un risque pour le public.

¹⁹⁸ Pour imposer le sursis, les tribunaux doivent arriver à la conclusion que la peine carcérale à être convertie en sursis ne dépasse pas une durée de moins de deux ans. Au-dessus de cette limite, le sursis n'est pas applicable.

Figure 9 - Le déploiement des attentes victimaires à l'égard de la sanction



Les accolades, représentées par les symboles « { » et « } », désignent des limites que nous avons identifiées au cours de l'analyse qui précède. Il s'agit de la frontière entre ce qui constitue de l'information juridiquement pertinente sur le plan décisionnel (intérieur) et ce qui constitue de l'information *juridiquement pertinente, mais pas au niveau décisionnel*. De manière globale, ce que l'analyse des attentes victimaires politiquement dévalorisées a pu montrer, c'est l'injonction de punition du droit criminel: on a du mal à transgresser la limite inférieure et on s'assure de ne pas franchir la limite supérieure afin de ne pas tomber dans la vengeance. La principale contrainte à l'œuvre à la transgression de la limite inférieure est de nature psychique (Dubé, 2017, 85): la possibilité de traverser la frontière est « invisibilisée » (situation représentée par les pointillés). En ce qui concerne la limite supérieure, celle qui permet aux tribunaux d'éviter de trop punir, la contrainte est plutôt sociale ou socio-juridique (Ibid., 81). La possibilité de la traverser est admise, visible et parfois souhaitée, mais quelque chose empêche le tribunal de l'actualiser. La question qui émerge, après avoir identifié ce « cadre opérationnel », est la suivante : comment les

tribunaux vont-ils se positionner par rapport aux autres attentes plus complexes qui ne portent pas directement sur la sanction?

3.4. La réception des attentes de quiétude et/ou de protection

La quiétude et la protection se présentent comme deux composantes d'un même problème de sécurité et pour cette raison, la transposition de ces attentes dans la détermination de la peine s'uniformise. En effet, comme nous allons le voir, les attentes de quiétude et de protection suscitent généralement des réflexes similaires de la part des tribunaux: *neutraliser la relation entre l'accusé et la victime* soit par l'entremise d'interdiction de communications et de contacts ou par l'incarcération ou les deux¹⁹⁹.

Les ordonnances de probation, en tant que sanction, permettent aux juges d'imposer des conditions aux condamnés qui purgent leur peine en collectivité. Parmi les conditions pouvant être imposées, certaines sont obligatoires, d'autres sont facultatives, ce qui permet aux juges d'ajuster les conditions en fonction de la particularité de la situation de l'accusé (individualisation de la peine). Du point de vue de la cour provinciale de Terre-Neuve, les ordonnances visent deux objectifs: la réhabilitation du condamné et la protection de certaines personnes contre le condamné. L'énoncé suivant provenant de la décision *C.D.C.* précise cette double fonction qu'investissent les ordonnances de probation :

« [19] Conditions in probation orders often attempt to serve a dual function. [...] a "probation order is part of an offender's sentence imposed upon him or her with a view to rehabilitation." *However, certain conditions, no contact ones being a prime example, are designed to protect certain individuals from an offender and to provide victims of crime in particular, with some assurance or confidence that they do not have to be fearful or*

¹⁹⁹ Dans le cas où les deux sont mobilisés, l'incarcération, en mettant le contrevenant à l'écart de la société, met également ce dernier à l'écart de la victime. Une fois la peine d'incarcération complétée, les tribunaux prononcent généralement une ordonnance de probation à laquelle ils joignent des interdictions de communication et de contact avec la victime et ses proches.

concerned about the offender contacting them [...] As stated earlier, [“no contact order”] is designed, in part, to provide a victim with protection and peace of mind. [...]
» (R. v. C.D.C., 2004 CanLii 19836 (NLPC), par. 19 et 37; nos italiques).

Ce qui est d'intérêt pour notre propos, ce n'est pas la fonction de réhabilitation des ordonnances de probation, mais bien la fonction de protection qui vise, entre autres, la protection des victimes. Dans l'énoncé, la Cour provinciale de Terre-Neuve mentionne les *interdictions de contacts* comme un exemple de conditions qui visent à protéger les victimes, mais nous pouvons également inclure les *interdictions de communications*. Attirons l'attention sur la toute dernière phrase de l'énoncé qui précise que les interdictions de contacts sont conçues, en partie, à la fois pour *protéger et pour assurer une tranquillité d'esprit*. Cela valide d'une part notre choix de traiter ces deux attentes victimaires distinctes sous une même section, car autrement il y aurait un risque de redondance dans l'argumentation, mais d'autre part cela indique aussi que les attentes de quiétude et de protection sont recevables dans le contexte de la détermination de la peine et qu'elles peuvent être comblées.

Cependant, il n'y a pas que les ordonnances de probation qui permettent d'adresser ces attentes. Il faut envisager la possibilité que l'emprisonnement avec sursis et l'emprisonnement ferme puissent le faire également. Dans l'extrait qui suit, le besoin de quiétude des victimes est mobilisé comme un élément justifiant une peine privative de liberté:

« [62] Taking all of that into consideration -- taking into account all of the factors and objectives that I am obliged to consider; recognizing that deterrence, both specific and general, denunciation, which is to say the formal and emphatic expression of the court's disapproval of the offending conduct, is a proper consideration; *taking into account the safety and security interests of the victims, and by those I mean to include not only physical safety and security but peace of mind that comes from knowing that, at least for a period of time, there is no chance of J.L. stating his reign of terror over the victims;* taking all of those considerations into account -- the conclusion I have reached is that *there has to be a period of conventional incarceration for J.L.* [63] Would you stand up,

please, J.L.? The period of conventional incarceration that I impose, having regard to the authorities and the unique pattern of facts in this case, is a period of 22 months. » (*R. v. J.L.*, 2015 BCPC 316 (CanLii), par. 62-63).

Dans ce dossier, il est question de violence domestique d'un conjoint sur sa femme dont les répercussions se font ressentir autant sur leur enfant que sur la mère de la victime (grand-mère). La conjointe et sa mère ont chacune soumis une déclaration de la victime qui témoignent, comme l'indique le tribunal, « [of] *the horror of having to live in the presence of someone who so easily becomes unhinged, as does [the accused]* » (*R. v. J.L.*, 2015 BCPC 316 (CanLii), par. 27). Le tribunal ne cite pas le contenu de ces déclarations, mais il en retire des attentes de protection et de quiétude que, selon le lui, seule une peine d'emprisonnement peut combler. À cette peine, le tribunal ajoute une ordonnance de probation de trois ans—durée maximale permise—contenant des interdictions de communication et de contact avec les victimes du dossier. L'incarcération de près de deux ans et les interdictions de communication et de contact de trois ans permettent aux victimes de bénéficier, dans ce cas précis, d'une tranquillité d'esprit d'une durée d'environ cinq ans. Cette affaire nous indique que les attentes de quiétude et de protection, à l'intérieur des frontières du SDC, peuvent également être converties en une exigence d'incarcération²⁰⁰.

Le moyen privilégié pour répondre aux attentes de quiétude et de protection va dépendre de la nature même de l'infraction, et ce pour au moins deux raisons. La première découle du principe de proportionnalité. Le moyen sélectionné pour répondre à ces attentes doit respecter ce principe fondamental. Si une peine d'emprisonnement est jugée excessive,

²⁰⁰ Évitions un malentendu, dans l'affaire *J.L.*, le tribunal ne justifie pas la peine d'incarcération sur la seule base de la tranquillité d'esprit des victimes. Certes, il en tient compte, mais il s'agit d'un élément parmi d'autres tels que les facteurs atténuants et aggravants de même que les objectifs de la peine devant être valorisés. À ces considérations, se greffe la volonté du tribunal d'offrir une tranquillité d'esprit aux victimes.

le tribunal se tournera vers la probation ou le sursis comme moyen d'assurer la protection et la tranquillité d'esprit de la victime. Les infractions moins graves, comme les infractions poursuivies par voies sommaires, sont plus susceptibles de privilégier les ordonnances de probation assorties d'interdiction de communications et de contacts. L'incarcération demeure une option pour ces types d'infraction, mais cette incarcération ne peut dépasser 18 mois. Pour les infractions poursuivies par mise en accusation criminelle, soit des infractions plus graves, le recours à l'incarcération *et* à l'ordonnance de probation est généralement plus probable. L'emprisonnement peut aller jusqu'à la perpétuité dans certains cas.

La deuxième raison découle plutôt des conditions d'émergence des attentes de quiétude et de protection. Les attentes de quiétude et de protection émergent à partir de ce que la victime a subi durant la perpétration d'une infraction. Une victime de vol peut très bien ne pas ressentir un besoin de protection alors que ce sera probablement le cas d'une victime de violence physique. Dans la décision *A.R.*, le juge semble insister sur la nature des torts subis par la victime de violence conjugale pour justifier le recours à l'emprisonnement *suivi* d'une ordonnance de probation en vue d'assurer la protection de la victime. En fait, comme nous le verrons, ce juge va mettre le principe de proportionnalité au deuxième rang derrière la *protection de la victime*. Cette décision implique un cas de violence conjugale dans lequel l'accusé est policier de profession et possède des antécédents judiciaires pour cette même catégorie d'infraction, mais avec une victime différente. Par le passé, il avait utilisé son statut de policier pour « truquer » les ordonnances de probation auxquelles il devait se soumettre afin de pouvoir entrer en

contact avec son ancienne épouse. Son épouse actuelle, la victime du dossier, a informé le tribunal de son besoin de protection à travers une lettre destinée au tribunal:

« Mais la déclaration de la victime sur les conséquences du crime est sans équivoque sur la gravité des séquelles consécutives à la violence psychologique extrême. On y lit que la victime a souffert d'insomnie, de cauchemar, d'anxiété, d'angoisse et de plusieurs autres conséquences liées à ces agressions répétées. Elle reçoit encore des soins appropriés aux torts psychologiques qu'elle a subis. Elle a choisi de ne pas témoigner à la Cour mais a écrit une lettre qui fut déposée. Dans cette lettre, elle pardonne à l'accusé. *Elle ne désirait pas porter plainte mais a cru devoir le faire pour sa protection.* [...] ». (R. c. A.R., 2004 JQ 10754, para. 11-12; nos italiques).

Face à la menace que représente l'accusé pour sa conjointe, le tribunal va faire preuve d'un réel souci d'assurer la sécurité de l'intégrité physique de la victime concrète. Ce souci à l'égard de la sécurité de la victime est particulièrement manifeste dans la décision R. c. A.R., car le juge réserve une section portant sur ce thème et dans laquelle il déplore les limites que lui impose le cadre législatif pour assurer la protection de la victime du dossier :

« LA PROTECTION DES VICTIMES : [...] le Code criminel actuel ne permet pas au juge qui rend une ordonnance de détention supérieure à deux ans de prononcer des interdictions de contact, *si essentielles à la protection et au besoin de sécuriser les victimes.* Cela m'apparaît particulièrement malheureux dans le dossier sous étude. [...] *La Cour ne peut se résoudre à imposer la peine juste et appropriée de 26 mois de détention puisqu'elle considère que la protection dont doit jouir la victime vaut plus que quelques semaines de détention additionnelles. La peine sera donc ajustée à deux ans de détention à la seule fin d'ajouter une ordonnance de probation contenant les ordonnances d'interdiction et tant qu'à faire, de traitement.* Cette peine de 2 ans d'emprisonnement assortie d'une ordonnance de probation de 3 ans, est ordonnée dans le deuxième dossier ». (R. c. A.R., 2004, par. 34 et 37; nos italiques).

L'affaire A.R. montre que les attentes de protection formulées par les victimes peuvent être non seulement entendues, mais également comblées. Si pour la victime la peine d'emprisonnement prononcée par le tribunal lui assure une tranquillité d'esprit et une protection à l'égard du coupable, pour le tribunal, la peine d'emprisonnement peut être justifiée pour d'autres motifs tels que la dénonciation, la dissuasion, la réhabilitation du contrevenant ou encore tout simplement pour le mettre à l'écart de la société.

Cependant, dans l'affaire *A.R.*, le tribunal détermine la peine en prenant au sérieux le besoin de protection de la victime. Même si le tribunal réduit la durée de l'incarcération, nous pouvons dire que c'est toujours la redondance de la RPM qui éclaire le tribunal sur les solutions envisageables pour résoudre la difficulté à laquelle il était confronté. Bien que nous ne puissions pas préciser si le juge mobilise la rétribution, la dissuasion, la dénonciation ou la réhabilitation ou une certaine combinaison de ces théories de la peine, la redondance de la RPM se manifeste implicitement par la nécessité d'une incarceration pour protéger la société et la victime. Toutefois, en sachant que l'incarcération constitue le remède « miracle » des systèmes de droit criminel occidentaux, le choix de réduire la durée d'une peine d'incarcération dans l'unique but d'assurer une meilleure protection pour la victime témoigne, dans ce dossier, de la primauté qu'accorde le tribunal à combler le besoin de protection de la victime par rapport à la protection de la société ou du public.

Si les attentes de quiétude et de protection peuvent être si facilement entendues et comblées dans le contexte de la détermination de la peine, c'est dû à leur affinité avec certaines structures internes du droit criminel moderne. Nous avons vu dans le chapitre théorique (section 2.3.2) qu'en matière de détermination de la peine les structures internes du SDC étaient, selon la théorie de la RPM, les théories de la peine de la rétribution, dissuasion, dénonciation et réhabilitation. En matière de peine, ces théories de la peine ou ces structures internes déterminent la relation du SDC avec son environnement. La question qui émerge est la suivante : à partir de quelle structure (ou théorie de la peine) les attentes de quiétude et de protection peuvent-elle être intégrées dans le processus de détermination de la peine?

Nous pouvons éliminer la théorie de la rétribution puisqu'elle refuse toute finalité utilitaire. Comblé les besoins de la victime par la peine constituerait une finalité utilitaire.

Nous pouvons dire que la dénonciation a une visée utilitaire si nous considérons le fait de réitérer notre attachement aux valeurs fondamentales et de créer de la solidarité sociale contre le crime. Contrairement au rétributivisme dont la finalité se réalise simultanément au moment où la sanction est rendue, la dénonciation exige qu'un certain nombre de conditions matérielles se réalisent tels que la communication de la décision et sa diffusion²⁰¹. Cette visée utilitaire est surtout informative et pourrait permettre de combler certaines attentes victimaires, mais pas les attentes de quiétude et de protection.

La réhabilitation vise à protéger la société par le traitement de l'individu et l'intermédiaire de programmes offerts en milieu fermé. Elle est centrée sur le contrevenant et ne concerne pas la victime.

La théorie de la dissuasion paraît plus pertinente, car elle se fonde sur le principe général de protéger la société. Nous pourrions y voir une porte d'entrée à la réception des attentes de protection des victimes. Après tout, l'objectif de décourager ceux qui envisagent sérieusement de commettre des délits n'est pas en même temps l'objectif de prévenir une future victimisation, c'est-à-dire de protéger des victimes futures. Sous la théorie de la dissuasion, derrière la finalité de protéger la société, se recouperait la finalité de protéger les victimes concrètes d'une future expérience de victimisation.

La théorie de la neutralisation est également pertinente, car en mettant le contrevenant à l'écart, elle permet de combler les attentes de protection et de quiétude de

²⁰¹ À noter que les conditions matérielles de la réalisation de l'objectif de dénonciation demeurent internes au système judiciaire. Par conséquent, cette théorie demeure dans le formalisme juridique que nous avons décrits au point 1.2.2.3.

la victime. Nous pouvons envisager la possibilité qu'une *variante* de la théorie de la neutralisation se mette en place, une théorie de la neutralisation qui viserait à *neutraliser* la relation dans le but de permettre à la victime d'obtenir une tranquillité d'esprit et une protection contre le contrevenant.

Les considérations précédentes concernent surtout les situations où le système est confronté aux perturbations environnementales que représentent pour lui les attentes exprimées par les victimes elles-mêmes. À d'autres occasions, il arrive que ce soit les tribunaux qui *attribuent* les attentes de quiétude et de protection aux victimes concrètes et aux victimes en général. La décision *Nadeau* qui porte sur une affaire de libellé diffamatoire entre dans ce type de cas.

L'affaire se déroule sur la trame de fond d'une relation intime qui se développe entre deux collègues. Dans ce dossier, l'accusé et la victime se fréquentent en dehors du travail et suivant ces rapprochements, la victime informe l'accusé qu'elle avait eu, dans le passé, une relation sexuelle non désirée sans protection (un viol). Étant informé de ce détail, l'accusé poursuit le développement de sa relation avec la victime. Ils ont éventuellement eu des rapports sexuels non protégés qui, dans un couple, constitue une décision commune. L'accusé apprend plus tard, par la victime elle-même dès qu'elle en prend connaissance,²⁰² qu'elle avait contracté une infection transmise sexuellement (I.T.S.) dans les circonstances du viol et qu'elle lui avait, par conséquent, transmise. Furieux, l'accusé fabrique trois affiches présentant une photo de la victime, son numéro de téléphone ainsi qu'un message visant à la dénigrer sur base de son I.T.S.²⁰³ Il les affiche dans son lieu de travail (qui est

²⁰² Il ne s'agit donc pas d'un cas où l'on pourrait accuser la victime d'avoir transmis une infection alors qu'elle se savait infectée.

²⁰³ Le juge décrits ces affiches comme étant « odieuses, déshonorantes, insultantes, agressantes, méprisantes, haineuse et malicieuse qui visait manifestement la victime, l'identifiait, reproduisait une photographie de sa

également celui de la victime) et les autres sur des lampadaires non loin du lieu de travail. Suite à cela, la victime va recevoir un total de trois appels disgracieux. Le tribunal va imposer une absolution conditionnelle dont la durée de la probation est de trois ans combinés à 200 heures de travaux communautaires en plus d'un don de 1000\$ au Centre d'aide aux victimes d'actes criminels (C.A.V.A.C.).

Ce qui nous intéresse dans cette décision, c'est surtout la manière dont le tribunal va présenter et mobiliser les ordonnances de probation et plus spécifiquement les interdictions de communication et de contact avec la victime, car au fondement de ces interdictions de contacts se dissimule *un procédé d'imputation d'attentes victimaires, en l'occurrence les attentes de quiétude*. À notre connaissance, la victime n'a pas formulé d'attentes de quiétude dans cette affaire : nous n'avons trouvé aucune trace qui pourrait nous amener à croire que la victime ait soumis une déclaration (aucune citation de passages, aucune référence à une déclaration) ou qu'elle ait participé aux procédures (aucune référence à un témoignage survenu préalablement dans les procédures). Dans cette affaire, l'attente de quiétude n'est pas introduite par la victime, mais plutôt par le tribunal lui-même. Il ne s'agit pas d'un *input* victimaire, mais plutôt d'un *output* du système, c'est-à-dire une réalité construite *par* le système et *pour* le système. Dans l'énoncé suivant, le tribunal impute une attente de quiétude à la victime:

« [...] *des conditions interdisant toute communication entre l'accusé et la victime aussi devraient assurer une paix de l'esprit importante pour la victime*. Ces trois ans de probation que veut ordonner le tribunal constituent une mesure raisonnable de protection de la société. *Si cette condition de non-communication et de périmètre d'interdiction a sa valeur intrinsèque pour la victime et s'avère peu nécessaire pour tenir l'accusé à distance, elle a le mérite de bien servir l'intérêt de la société et de la victime*. » (R. c. Nadeau, 2009 QCCQ 1156 (CanLii), par. 96).

personne, donnait ses coordonnées de lieu de travail et de cellulaire dans le but de nuire à sa réputation malicieusement et de lui occasionner des communications insultantes et totalement déplacées, de la soumettre à la raillerie et l'humiliation publique et de passer le message de la colère, de la vengeance et du châtement public que lui infligeait l'accusé. » (R. c. Nadeau, 2009 QCCQ 1156 (CanLii), par 39).

« [80] Il est possible d'ailleurs que des conditions de probation [...] accordent une protection judiciaire prolongée à un individu qui a un intérêt majeur à ne pas avoir de casier judiciaire [...] *tout en balisant la période durant laquelle cet individu serait ainsi contrôlé dans le meilleur intérêt de la victime* et de la société sans banaliser le caractère sérieux de l'infraction commise *tout en protégeant du bouclier de l'ordonnance judiciaire la paix de la victime par l'interdiction de communication.* » (R. c. Nadeau, 2009 QCCQ 1156 (CanLii), par. 80).

Le lien entre la « tranquillité d'esprit de la victime » et les interdictions de communications et de contacts ne pourraient pas être plus évidents. En indiquant que ces mesures assurent une « paix d'esprit importante pour la victime », qu'elles ont une « valeur intrinsèque²⁰⁴ » pour la victime, qu'elles servent « l'intérêt de la société et de la victime » et qu'elles sont présentées comme un « bouclier qui protège la paix de la victime », le tribunal est implicitement en train d'attribuer une attente ou une exigence à son environnement, en l'occurrence la victime concrète et les victimes en général (celles qu'ils ne peut pas nommer). Ainsi, du point de vue du tribunal, même si la victime du dossier n'a pas manifesté un tel besoin de quiétude, le tribunal prend pour acquis que les victimes en général entretiendraient cette exigence de pouvoir bénéficier d'une certaine tranquillité d'esprit tout au long des procédures judiciaires²⁰⁵ et pendant l'exécution de la peine.

D'un point de vue sociologique, une attente construite par le système et imputée aux victimes peut être vue comme *l'effet d'une structure* qui oriente le choix de la sanction en

²⁰⁴ Dans le monde de la finance, l'expression « valeur intrinsèque » désigne le profit convoité selon l'exécution d'un choix. Parler de « valeur intrinsèque » pour la victime dans ce contexte, pourrait être interprété comme une référence aux intérêts de la victime.

²⁰⁵ La juge Hill présentait le système de libération sous-caution, qui intervient entre l'arrestation et le début du procès comme un moyen d'assurer la protection et la paix d'esprit des témoins et des victimes: « 28 [...] *the bail system seeks to favour pre-trial liberty in balance with protection of those said to be victims of crime. Especially in instances of sexual or domestic violence, the sight or sound of the alleged perpetrator can evoke feelings of terror, insecurity, re-invasion of privacy, and mistrust of the criminal justice's system resolve to protect those who report crimes.* Communications and physically proximate attendances, whether innocuous from the accused's perspective, frequently generate adverse experiences for those who are in fact victims of crime. I agree with the observation of Gary Trotter in *The Law of Bail in Canada* (2d ed., 1999) at page 259 as to the role of a non-communication term or condition » (R. v. J.F., 2001 O.J. 2054 (QL), par. 28).

exigeant l'imposition d'une ordonnance de probation incluant des interdictions de communications et de contacts. Si cette attente de quiétude peut être construite comme une attente de justice généralisée par le système, c'est parce que les structures internes du système ont pu sélectionner cette attente et la considérer *juridiquement pertinente*. Ces sélections ont pu, avec le temps, se condenser en *nouvelles structures* au fur et à mesure que des opérations du système convertissaient ce type d'attente en de *l'information pertinente*. En effet, comme le démontrent les énoncés suivants, ces attentes de quiétude, au moment de déterminer la peine, informent le tribunal en suggérant certaines sanctions, parmi lesquelles figurent les ordonnances de probation (qui incluent des interdictions de communications et de contacts):

« Turning to the probation Order that shall follow Mr. Cassidy's term of imprisonment, it shall be for two years. I agree with the Defence that three years, the maximum length available under the *Criminal Code*, is too long, especially given the bail restrictions that have been in place and the rehabilitative steps that Mr. Cassidy has already taken since his arrest. [22] *Eighteen months would have been reasonable as well, however, an additional six months will not hurt Mr. Cassidy's continuing rehabilitation and will afford the victim and her family some peace of mind.* » (*R. v. Cassidy*, 2016 ONSC 3765 (CanLii), par. 21-22; nos italiques).

Toujours à partir d'un point de vue sociologique, nous pouvons observer le lien entre les besoins de quiétude des victimes et les interdictions de communication comme une *structure préétablie*. En tant que telle, cette structure facilite ou suggère les ordonnances de probations comme une possibilité actualisable pour *gérer/pallier* ces attentes réelles ou construites. Lorsqu'il est question d'attentes construites, comme ce fût le cas dans l'affaire *Nadeau*, cette structure permet au système d'enchaîner les opérations sans que l'implication d'une victime concrète, en chair et en os, ne soit nécessaire.

À partir de la nature de l'infraction et des torts qui y sont associés, le tribunal peut se représenter la victime comme désirant une tranquillité d'esprit même si dans les faits la victime ne s'est pas impliquée dans les procédures judiciaires. Si cet « artefact sémantique » permet d'enchaîner les opérations, c'est parce qu'il *suggère* des possibilités décisionnelles en limitant le domaine des possibles, construisant ainsi une complexité réduite permettant la sélection d'une possibilité. Par exemple, dans l'énoncé provenant de l'affaire *Cassidy* que nous venons de citer ci-haut, le choix d'une ordonnance de probation avait déjà été fait, mais celui relatif à sa durée exigeait du tribunal d'opérer une sélection supplémentaire. À cet égard, le tribunal se met d'accord avec la défense pour exclure la possibilité de prononcer une ordonnance de probation de trois ans (soit le maximum permis par le *Code criminel*). Le tribunal indique par la suite qu'une probation de 18 mois lui semblait raisonnable, mais l'attente de quiétude, comme structure, l'amène finalement à prolonger la durée de l'ordonnance de probation pour la fixer à deux ans.

Évidemment, quoi qu'en disent les tribunaux, si le délinquant ne respecte pas les ordonnances de non-contact, la sécurité de la victime s'en retrouve compromise. Cela soulève la question de la garantie que les tribunaux peuvent offrir aux victimes. Dans la décision *R. v. Van Eindhoven* rendue en 2007 par la Cour de justice du Nunavut, le condamné n'a pas respecté les interdictions de communications et de contacts avec la victime. C'est dans le cadre de ce bris de condition que l'accusé a tué la victime avec qui il ne devait pas entrer en contact. La cour du Nunavut observe la situation comme une atteinte à la confiance du public et des victimes dans la capacité du système de justice criminelle à protéger les victimes:

« [53] *The deliberate violation of a court release process designed to protect a victim of violence becomes particularly aggravating when further offences are committed against this same victim.* There must ordinarily be a stern consequence for this behavior. [...]

[54] This type of breach of process can have profound consequences upon a victim of a violent crime. *It is an act that directly impacts the victim's sense of security and well-being.* This is a breach that can have serious repercussions upon a *victim's willingness to ever trust the criminal justice system again.* *Where a victim is revictimized as a result of the breach of court process, public confidence in the ability of the administration of justice's ability to protect society is also undermined.* This is particularly so where a victim sustains serious bodily harm or death as a consequence. » (*R. v. Van Eindhoven*, 2007 NUV CJ 02, par. 53-55).

Il est évident que les tribunaux ne peuvent jamais vraiment garantir la protection qu'ils souhaitent offrir aux victimes et à la société, car le contrevenant peut délibérément, comme c'est le cas dans l'affaire *Van Eindhoven*, transgresser les conditions qu'il est tenu de respecter. Ce que les tribunaux peuvent garantir, c'est que les attentes de protection et de quiétude des victimes soient considérées comme des attentes *juridiquement* valables. Autrement dit, les tribunaux, en tant qu'organisations centrales du droit criminel, ne peuvent que stabiliser la validité de ces attentes victimaires sans jamais pouvoir garantir que le justiciable respectera ces attentes.

Passons maintenant à la réception des attentes de dédommagement et à ses conditions de réception par le droit criminel canadien.

3.5. La réception des attentes de dédommagement

Dans la section 3.1.3, nous avons vu que les attentes de dédommagement des victimes disposaient de structures préétablies permettant leur réception en tant

qu'information juridiquement pertinente sur le plan décisionnel²⁰⁶. La victime, le procureur de la couronne, l'avocat de la défense²⁰⁷ ou encore le juge lui-même peuvent demander ou prononcer une ordonnance de dédommagement aux bénéficiaires de la victime sans que cette dernière ne l'ait demandée (Young, 2001).

La diversité des conditions d'émergence des demandes de dédommagement indique que le dédommagement de la victime est en fait une attente de justice généralisée dans la loi qui attribue d'office l'attente de dédommagement aux victimes; ces dernières sont représentées comme exigeant une réparation pour les dommages qu'elles ont subis. Ceci étant dit, l'enjeu lié aux attentes de dédommagement ne réside peut-être pas dans leur réception, mais ailleurs, dans une étape ultérieure. À la lumière de notre empirie et des observations de certains chercheurs (Young, 2001), l'enjeu relié à ces attentes particulières se trouverait plutôt associé à *leurs mises en application dans la détermination de la peine*.

²⁰⁶ Du point de vue de la Cour suprême du Canada, les ordonnances de dédommagement jouent un rôle important dans le processus de détermination de la peine en ce qu'elles donnent « Dans les cas qui s'y prête [...] souplesse et subtilité à cette tâche toujours difficile » (*R. c. Fitzgibbon*, 1990, par. 14). Le plus haut tribunal du pays poursuit en indiquant qu'elles peuvent « constituer une mesure efficace de réhabilitation de l'accusé en le rendant sur le champ directement responsable de l'indemnisation de la victime. [...] L'ordonnance profite à la victime en fournissant un moyen rapide et peu coûteux de se faire payer sa dette. [...] La société, dans son ensemble, profite de l'ordonnance puisque son utilisation peut réduire la peine d'emprisonnement et permettre une réinsertion plus rapide de l'accusé dans la société comme membre utile et responsable de la collectivité. L'efficacité pratique de l'ordonnance et son applicabilité immédiate aident à préserver la confiance du public dans le système de justice » (*R. c. Fitzgibbon*, 1990, par. 14).

²⁰⁷ Dans le cadre d'un rapport adressé à la *Commission canadienne sur la détermination de la peine*, Baril et Cusson (1985, 8) faisaient état d'une certaine culture institutionnelle qui favorise une certaine considération de la victime lors des représentations présentencielles (avant l'avènement de la déclaration de la victime) par l'intermédiaire des avocats de la défense. Lorsque les conditions étaient réunies, ces derniers ne manquaient pas d'indiquer au tribunal que leur client avait réparé les dommages causés à la victime: « Lors des représentations présentencielles, les avocats de la défense, aussitôt que les faits les y autorisent, s'empressent d'informer le juge que leur client a réparé les torts causés à la victime, sachant bien que c'est un excellent argument pour atténuer une sentence. Et les juges en tiennent souvent compte. [...] Il est donc bel et bien dans les mœurs des tribunaux pénaux de s'intéresser à la réparation et ces pratiques présentencielles témoignent d'une préoccupation réelle à l'égard de la réparation dans le processus du choix de la sentence [...] » (Baril et Cusson, 1985, 8). Les auteurs voyaient cette pratique des avocats de la défense d'un bon œil, car selon eux, elle permettait de démontrer qu'une culture de la réparation de la victime était déjà en place dans le processus de détermination de la peine. Cependant, il ne nous paraît pas déraisonnable de voir cet intérêt à l'égard de la réparation de la victime comme un « intérêt collatéral pragmatique » permettant de favoriser les intérêts de ceux que représentent les avocats de la défense.

Ce déplacement de l'enjeu des attentes victimaires de dédommagement nous amène à distinguer entre leur *réception* et leur *mise en application*, c'est-à-dire leur inclusion dans la sanction du contrevenant. Ainsi, nous pouvons envisager la possibilité que le tribunal puisse recevoir l'attente de dédommagement d'une victime, la comprendre et la considérer comme étant pertinente sur le plan décisionnel, mais que les circonstances en espèce l'empêchent d'y répondre. La mise en application des ordonnances de dédommagement soulève alors un enjeu lié à des questions d'ordre pratique, mais comme nous le verrons dans ce qui suit, ce problème relève aussi, et peut-être même surtout, d'un problème identitaire.

Dans la jurisprudence, ces questions pratiques ont été notamment mises en relief par la Cour suprême du Canada (CSC) dans *R. c. Zelensky* (1978) et *R. c. Fitzgibbon* (1990).

Dans l'énoncé qui suit, la CSC reprend *Zelensky* (1978) :

« Le critère que le tribunal doit utiliser pour déterminer s'il y a lieu de rendre une ordonnance en vertu de l'art. 653 est énoncé dans l'arrêt *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940. Le juge en chef Laskin y dit ceci à la p. 961 :

[page1012] *Le pouvoir de rendre une ordonnance de dédommagement dans le cours du processus de sentence est discrétionnaire. J'estime qu'avant de l'exercer, la Cour doit se demander si la personne lésée invoque l'art. 653 pour aggraver les sanctions contre le coupable aussi bien que pour son propre bénéfice. Il est pertinent de savoir si elle a intenté des procédures civiles et, dans l'affirmative, si elle les continue. D'autres facteurs influent également sur l'exercice de ce pouvoir: les moyens du coupable ou la durée probable des procédures d'évaluation de la perte par la cour criminelle, bien qu'à mon avis, l'art. 653 n'exige pas une mesure exacte.*

De plus, le juge en chef Laskin fait remarquer que *l'ordonnance de dédommagement convient seulement aux cas où le montant est assez facile à déterminer et lorsque l'accusé n'a pas avantage à ce que des procédures civiles soient intentées contre lui afin de lui permettre de se prévaloir des procédures d'interrogatoire préalable et de production de documents. Par contre, ni la production de documents ni l'interrogatoire préalable n'ont beaucoup d'utilité, ou même une utilité quelconque, quand les montants dus aux victimes sont déterminés et reconnus.* » (*R. c. Fitzgibbon*, 1990 1 R.C.S. 1005, par. 11-12).

Ces critères élaborés dans la jurisprudence ont été codifiés sous l'article 737.1 du *Code criminel*. Au paragraphe 737.1(1) est inscrit le pouvoir discrétionnaire du tribunal à

envisager l'ordonnance de dédommagement²⁰⁸. Le critère des « dommages facilement calculables » se retrouvent codifié aux articles 737.1(2), 737.1(4) et 738(1)a), b), c), d) et e). Ainsi, dans tous les cas, les pertes et dommages réclamés en dédommagement doivent être faciles à déterminer.

Dans ce qui suit, nous allons observer comment ces critères constituent un obstacle à la mise en application des ordonnances de dédommagement et par conséquent un obstacle, non pas à la réception des attentes de dédommagement, mais à la capacité d'y répondre. À cet égard, les décisions *LSJPA-1631* est particulièrement éclairantes.

Même si elle a été rendue à l'intérieur du cadre légal de la *Loi sur le système de justice pénale pour adolescents (LSJPA)*, la décision *LSJPA-1631* garde sa pertinence pour observer comment le critère du « dommage facile à calculer » fait obstacle aux attentes de dédommagement des victimes. Même si le système de justice pour adolescents est différent du système de justice pénale des adultes, les ordonnances de dédommagement répondent aux mêmes exigences pratiques identifiées précédemment²⁰⁹. Sur le plan factuel, la décision *LSJPA-1631* a ceci de particulier : l'accusé, qui était âgé entre 13 et 15 ans lors des infractions, était âgé de 53 ans lors des audiences sur la détermination de la peine. Un long laps de temps s'est donc écoulé entre l'infraction et la dénonciation par les victimes aux autorités policières. Puisque l'accusé a commis l'infraction en tant que mineur, c'est en tant que tel qu'il a été jugé, d'où la mobilisation du système de justice pour adolescents. Alors qu'il était adolescent, l'accusé a reconnu sa culpabilité pour atteinte à la pudeur et grossière indécence envers les victimes B et C qui étaient respectivement âgées entre 13 et

²⁰⁸ « 737.1 (1) Lorsque le délinquant est condamné ou absous en vertu de l'article 730, le tribunal qui inflige la peine ou prononce l'absolution est tenu d'envisager la possibilité de rendre une ordonnance de dédommagement en vertu des articles 738 ou 739, en plus de toute autre mesure. »

²⁰⁹ Sous la *LSJPA*, le dédommagement fait partie de peines spécifiques prévues au paragraphe 42(2).

15 ans et 9 et 11 ans. Dans cette affaire, la question qui devait être tranchée n'était pas celle de la sanction, car « La poursuivante et l'avocat de l'accusé recommandent au Tribunal d'imposer une peine spécifique d'absolution²¹⁰». Par conséquent, « Le litige entre les parties ne porte que sur l'opportunité d'imposer ou non des conditions.²¹¹» Parmi ces conditions, le procureur demande à ce que l'accusé dédommage les victimes. Celles-ci justifient leur demande de dédommagement de la manière suivante :

« Madame Moreau, l'auteure du rapport prédécisionnel, a rencontré les deux victimes afin de leur permettre de s'exprimer sur les conséquences vécues à la suite des infractions. B est très en colère face au processus judiciaire. Pour elle, l'accusé incarne la source de ses souffrances depuis son enfance. L'ensemble de ses sphères personnelles sont affectées (relations avec autrui, capacité parentale, maux physiques). Malgré l'aide psychologique reçue des services de l'indemnisation des victimes d'actes criminels (IVAC), elle ne possède pas encore la paix intérieure qu'elle recherche. Elle ne témoigne pas à l'audience sur la peine. *La poursuivante expose pour son bénéfice qu'elle recherche actuellement un dédommagement afin de s'offrir du repos à la suite du processus judiciaire éprouvant.* De son côté, C, est accablée depuis quelques années par des problèmes de santé importants. Elle affirme que l'accusé a « détruit » sa vie et « brisé » son corps. [26] Le processus judiciaire lui occasionne un stress constant. Elle est également déçue du jugement sur le verdict et est en colère contre le système de justice. [27] Elle s'exprime à l'audience sur la peine. Le Tribunal perçoit sa peine. La persistance de ses douleurs morales et physiques demeure sans équivoque. *Elle souhaite poursuivre la psychothérapie avec madame Bonenfant. Ses moyens financiers sont limités à cet égard. Elle a épuisé toutes les rencontres, au nombre de 56, qui lui ont été attribuées par le service public d'indemnisation des victimes d'actes criminels. Elle souhaite un dédommagement pour satisfaire en partie ce besoin d'aide psychologique.* » (LSJPA-1631, 2016 QCCQ 9175, par. 21-27).

La victime B justifie le dédommagement en le présentant comme une condition pour atteindre une quiétude ou une paix intérieure. La victime C demande un dédommagement afin de poursuivre la psychothérapie qu'elle avait entamée avec l'aide financière du service public d'indemnisation des victimes d'actes criminels. Dans un cas comme dans l'autre, les victimes demandent à être dédommagées pour des dommages non pécuniaires. Par ailleurs, l'attente de dédommagement se retrouve couplée à un autre type d'attente

²¹⁰ LSJPA-1631, 2016 QCCQ 9175, par. 6.

²¹¹ Ibid.

victimaire. Pour la victime B, il s'agit d'une *attente de quiétude* tandis que pour la victime C, il s'agit d'une *attente de closure*²¹². Ce faisant, le dédommagement devient le moyen de combler ces autres attentes, mais cela ne nous empêche pas de concevoir le dédommagement comme une attente victimaire. Par contre, cela nous permet de constater, une fois de plus, toute la complexité des attentes victimaires. Cependant, peu importe la complexité que pourront prendre les attentes victimaires de dédommagement, les critères qui détermineront si oui ou non le tribunal pourra prononcer ces ordonnances sont toujours les mêmes. L'énoncé qui suit démontre comment l'exigence d'un « montant facilement déterminable » neutralise le prononcé des ordonnances de dédommagement des victimes :

« [39] Quant au dédommagement financier, certes, à première vue, un besoin spécifique pour l'une et l'autre des victimes a été démontré. *Par contre, ce que l'article 738 du Code criminel indique est la valeur pour combler le « besoin spécifique » de l'une et l'autre des victimes qui doit être « facilement déterminable ».* [40] *En l'espèce, la preuve n'atteint pas ces caractéristiques. La preuve est muette sur le montant adéquat pour permettre à B de prendre du repos et, quant au paiement de séances de psychothérapie supplémentaires pour C, il existe trop d'imprécisions sur le nombre de rencontres nécessaires.* [41] En outre, le Tribunal fait siens des propos tenus par madame Moreau sur les conséquences du crime de l'accusé envers les victimes : « *il est difficile de départager ce qui appartient réellement aux abus commis par monsieur A et les expériences de vie négatives des victimes qui se sont succédées dans leur histoire personnelle.* » [42] Le procès criminel n'est pas un procès civil. Les règles de preuve ne permettent pas d'explorer l'ensemble des facteurs pouvant contribuer aux conséquences ressenties par les victimes. Attribuer de manière aléatoire une somme servant au paiement de séances de psychothérapie ou une période de repos équivaut à attribuer aux gestes de l'accusé 100 % des dommages subis par les victimes. [43] Cela ne signifie pas que le Tribunal est insensible aux besoins des victimes et aux conséquences vécues. » (LSJPA-1631, 2016 QCCQ 9175, par. 39-42).

Le tribunal n'a pas eu de difficulté à entendre les demandes de dédommagement des victimes, c'est plutôt dans leur mise en application que les difficultés se manifestent. À la rigueur, nous pourrions avancer que le juge y voyait des motifs tout à fait légitimes pour

²¹² Nous verrons dans la section 3.6 qu'il s'agit d'une attente de *closure* psychologique qui s'oppose au *closure* procédural.

demander un dédommagement. Cependant, du point de vue du droit, plusieurs difficultés ont été rencontrées dans les circonstances particulières du dossier qui nous occupe. Il était difficile de déterminer la valeur des besoins spécifiques des victimes, certes, mais pour au moins deux raisons : d'abord, les victimes demandaient à être dédommagées pour des dommages non pécuniaires dont le montant n'a pas été chiffré (besoins de repos²¹³, besoins de thérapie²¹⁴); ensuite, parce qu'il était difficile de distinguer les dommages causés par les gestes de l'accusé des autres « expériences de vie négatives » des victimes.

En ce qui concerne la nature non pécuniaire des dommages, Lawrence (2016, 224) avait identifié cette difficulté. En lien avec le dédommagement des victimes, la criminologue fait référence à un « manque d'ambition » lors de l'adoption de la *Charte canadienne des victimes* en juillet 2015, car elle n'élargit pas l'étendue des dommages et des pertes pouvant être dédommagées en droit criminel. Lawrence (2016) prend position en affirmant que : « What remains outstanding — and where the [C-32] Act falls silent — is on the continued exclusion of non-pecuniary damages from the scope of losses for which a victim might seek restitution. » (p. 224). L'auteure poursuit en affirmant que l'inclusion des dommages non pécuniaires nécessiterait des amendements aux articles 737.1 et 738 du *Code criminel* pour :

« [...] lift the ceiling on pecuniary loss and to expand the scope of restitution orders include non-pecuniary damages. It would then be open to a sentencing court to order restitution for an amount that includes both pecuniary and non-pecuniary damages, and that properly reflects the significant intangible losses which survivors of sexual violence tend to suffer. This could be an aspect of the sentencing process in which victims are fully engaged, perhaps even could direct through facilitation of the Crown or their own counsel, and which could contribute in the result to healing. » (Lawrence, 2016, 224).

²¹³ Il est en effet difficile de chiffrer les besoins de repos évoqués par la victime C.

²¹⁴ En ce qui concerne les besoins de thérapie, ces derniers sont tous aussi difficile à chiffrer, car un psychologue ne peut jamais vraiment prédire combien de séance seront nécessaire pour amener un patient sur la voie de la guérison. S'il aurait été possible pour le psychologue de déterminer le nombre de séance nécessaire, il aurait été, dès lors, possible de chiffrer ce besoin non pécuniaire de la victime C. Cependant, une telle prédiction n'est pas possible, car le cheminement des patients varie d'une personne à une autre. La thérapie, par sa nature, n'est pas chiffrable.

Du point de vue des victimes et de leurs droits, la proposition de Lawrence (2016) peut sembler très intéressante dans la mesure où elle leur permettrait d'obtenir un dédommagement qui reflète leurs pertes tangibles *et non-tangibles*. Par contre, du point de vue de l'évolution du droit criminel, la proposition de l'auteure s'avère, à première vue, insuffisante, car elle ne nécessite pas une remise en question de l'identité répressive du droit criminel. On peut très bien imaginer que l'inclusion des dommages non pécuniaires puisse se faire sans que ne soit remise en question l'identité guerrière du droit criminel²¹⁵. Du point de vue de l'évolution du droit criminel, il serait plus significatif d'envisager l'inclusion du dédommagement en tant que *sanction autonome*. Cela signifierait qu'un contrevenant pourrait être condamné à dédommager la victime sans que cette ordonnance ne soit greffée à une autre sanction. Les idées avancées par Lawrence (2016) permettraient, dans ce cadre, une justice équitable autant pour les victimes que pour les condamnés.

Toujours par rapport au cas *LSJPA-1631*, mais en ce qui concerne maintenant les difficultés à distinguer les dommages causés par l'accusé des « expériences négatives de vie » des victimes, nous faisons face à une difficulté découlant toujours du même critère, mais qui se manifeste comme un problème *temporel*. En effet, comme les infractions ont été commises à l'adolescence et que plusieurs décennies se sont écoulées entre elles et les procédures judiciaires, il était difficile de distinguer les dommages causés par l'accusé des autres « expériences de vie négatives » des victimes. Autrement dit, le temps écoulé entre l'infraction et la détermination de la peine rend l'attribution de la responsabilité de l'accusé plus difficile : le tribunal arrive à le reconnaître coupable à partir de la preuve, mais en

²¹⁵ Pires (2001b) identifie l'abandon de l'identité guerrière du droit criminel, qui le caractérise toujours à l'heure actuelle, comme une condition nécessaire à son évolution. Sous cette identité guerrière, le condamné est représenté comme un ennemi, l'ennemi de tous.

même temps, il ne peut déterminer dans quelle mesure l'accusé est responsable pour les souffrances psychiques actuelles des victimes. Face à cette indétermination des dommages subis par les victimes, le tribunal ne peut prononcer les ordonnances de dédommagement, tout en précisant que cette décision ne signifie pas que le « tribunal est insensible aux besoins des victimes et aux conséquences vécues ».

Dans le cas du problème temporel, nous pouvons dire qu'une part de l'obstacle réside dans une « contrainte sociale » (Dubé, 2017, 85) qui empêche le juge d'exploiter une solution potentiellement plus équitable pour les victimes et l'accusé. À partir du rétributivisme, le danger d'attribuer des « expériences de vies négatives » qui ne sont pas liées ou du moins qui sont difficilement associables aux infractions commises par l'accusé l'empêche—en partie—d'exploiter le dédommagement des victimes.

Dans le cas de l'obstacle pragmatique, nous pouvons également dire que nous faisons face à des « contraintes sociales » (Dubé, 2017), car le juge est en mesure de voir les demandes de dédommagement des victimes, mais il ne peut exploiter les ordonnances dues à un obstacle *pragmatique*, soit la détermination de la valeur des dommages. Le critère de la « détermination facile de la valeur des dommages » constitue un obstacle majeur à la mise en application des demandes de dédommagement.

Nous avons illustré à partir de l'affaire *LSJPA-1631* que le dédommagement est encadré de manière très rigide. Dans l'affaire *Bullen*, ce constat se maintient et le tribunal y voit un problème: soit la tendance, pour les tribunaux criminels, à renvoyer la question dédommagement dans les tribunaux civils lorsque les dommages ne sont pas facilement calculables:

« Counsel did not suggest the victim cannot seek restitution, but suggested that the best means to do so lies in a civil court. *To engage a victim as a witness to secure a conviction in the interest of the state and then leave the victim to their own means to pursue their*

injuries in another process, in another court, raises questions of fairness and practicality. In many respects, victims' interests have been unduly subrogated to state interests in the evolution of criminal courts from their beginnings in civil courts. » (R. v. Bullen, 2001 YKTC 504, par. 8).

« [20] 2. *Ascertainable Damages* – There is good reason to send the parties off to a civil court, if complex legal arguments are required to resolve the cause or amount of damage. *There is not always good reason for the criminal courts to abandon the task of ascertaining damages just because damages are not readily ascertainable. This sets far too low a benchmark for what criminal courts can and should do.* If victims choose to pursue their damages in a criminal court, the criminal court ought to provide restitution, if the cause and amount of damages can be reasonably ascertained. *If the damages cannot be reasonably ascertained on the information immediately available, then at least one further hearing dedicated to determining damages should be held.* » (R. v. Bullen, 2001 YKTC 504, par. 20).

En sachant que les victimes peuvent recourir au droit civil pour obtenir un dédommagement, les tribunaux criminels peuvent, face à des irrégularités dans les demandes de dédommagement, s'abstenir de les rendre plutôt que d'ajourner les audiences afin de permettre aux demandeurs de soumettre des preuves acceptables. La question qui émerge est celle de savoir pourquoi le droit criminel encadre-t-il le dédommagement de manière aussi stricte et pourquoi renvoie-t-il constamment la question du dédommagement aux tribunaux civils? Dans *Bullen*, le tribunal voit le problème et offre une explication managériale : les tribunaux ont un avantage administratif à renvoyer la question du dédommagement vers les tribunaux civils. En procédant ainsi, ils peuvent consacrer le temps qui n'est pas alloué à l'évaluation des dommages à l'avancement d'autres dossiers (qu'ils perçoivent comme relevant de la matière criminelle et pénale). Sans remettre en cause cette explication managériale, nous l'estimons insuffisante pour bien comprendre le problème.

Ce problème est au cœur de l'enjeu de la différenciation entre le droit civil et le droit criminel, c'est-à-dire au cœur d'un problème identitaire. Pour maintenir une frontière entre les tribunaux criminels et civils, les tribunaux criminels évitent de se « civiliser » au sens

de se substituer aux tribunaux civils.²¹⁶ Cela explique en partie pourquoi le dédommagement n'a pas le statut d'une sanction autonome²¹⁷ en droit criminel canadien, car autrement les tribunaux criminels auraient nécessairement à s'adonner à des calculs complexes pour déterminer la valeur du dommage. Les calculs complexes pour déterminer la valeur d'un dommage, parce qu'ils demandent du temps, représentent un problème managérial, mais parce qu'ils sont étroitement associés au droit civil, ils représentent aussi un problème identitaire. C'est ce problème identitaire qui nous intéresse. L'énoncé suivant illustre cette préoccupation des tribunaux criminels à l'égard de leur *identité* :

« Les tribunaux criminels ne doivent pas se substituer aux tribunaux civils et *le processus de détermination de la peine n'est jamais le bon forum pour établir des dommages sérieusement contestés ou juridiquement plus complexes [...]* » (R. c. Simoneau, 2017 QCCA 1382, par. 36; nos italiques).

Ce qu'il faut comprendre à partir de cet énoncé, c'est que l'autoportrait punitif du droit criminel agit comme un obstacle, *non pas au niveau de la réception des attentes de dédommagement*, mais à l'application des ordonnances de dédommagement en limitant le dédommagement à une simple ordonnance facultative plutôt qu'en une sanction autonome en droit criminel (Pires et Acosta, 1994, 20-21). En effet, le droit criminel moderne s'est différencié des autres branches du droit à partir d'un « auto-portrait essentiellement punitif de lui-même » (Pires, 2001a, 184) au sein duquel la sémantique de la « protection de la

²¹⁶ À cet égard, voir la décision *Zelensky* (1978) de la Cour Suprême du Canada à la page 963.

²¹⁷ Wemmer et collab. (2017, 2) présentent le dédommagement comme une sanction autonome en se référant à l'article 738(1) du *Code criminel*. Or, cet article stipule que le tribunal peut ordonner le dédommagement « Lorsque le délinquant est condamné ou absous sous le régime de l'article 730 » et que « le tribunal qui inflige la peine ou prononce l'absolution peut, *en plus de toute autre mesure*, à la demande du procureur général ou d'office » ordonner un dédommagement. Les auteures semblent alors ne pas considérer l'absolution comme une peine et, par conséquent, voir l'ordonnance de dédommagement annexé à une absolution comme une peine autonome. Contrairement à Wemmer et collab. (2017, 2), nous estimons que le dédommagement n'est pas une sanction autonome étant donné qu'elle doit nécessairement être annexé à une autre sanction, dont l'absolution.

société » occupe une place centrale (Dubé, 2012, 675). Or, comme le souligne Dubé (2012, 676), « *bien qu'en tant que médium abstrait de la société*, le mot « protection » puisse *a priori* offrir toute une variété de mises en forme possible au niveau de son sens, [...] *les formes pouvant être extraites de ce médium auront généralement tendance, en droit criminel comme ailleurs, à refléter le spectre de l'adversité* ». On comprend, dès lors, comment un système qui se représente sa fonction comme étant celle de protéger la société préfère laisser les calculs de dommage aux tribunaux civils. Il faut également tenir compte du fait que le programme de la *rationalité pénale moderne*, qui valorise les modes de résolutions de conflits « hostiles », tend à dévaloriser les sanctions non carcérales et non afflictives comme le dédommagement. Au-delà des problèmes managériaux, l'encadrement strict du dédommagement en matière criminelle et pénale découle directement de cette « identité guerrière » que le droit criminel s'est lui-même attribuée.

Sous l'influence d'un programme plus « citoyen » et non plus sous celui de la RPM, le droit criminel aurait plus de facilité à concevoir le dédommagement comme un moyen suffisant de résoudre un conflit, sans y voir une ingérence du civil dans le criminel ou une dédifférenciation entre le civil et le criminel. Comme le programme de la RPM insiste sur les normes de sanction pour construire son identité et qu'il valorise l'affliction et l'exclusion sociale du coupable, le dédommagement n'apparaît pas comme une sanction suffisamment *forte* pour réitérer cette identité guerrière. Sous un programme alternatif, plus « citoyen » que « guerrier », l'identité pourrait se fonder non plus sur les *normes de sanction* (le Y), mais plutôt sur les *normes de comportements* (le X), c'est-à-dire les illicites définis comme étant criminels²¹⁸. En insistant sur le X (normes de comportements) plutôt que sur

²¹⁸ Nous référons le lecteur au schéma « quiconque fait X est passible de Y » où le X fait référence aux normes de comportement, alors que le Y renvoie aux normes de sanction (Dubé, 2012b, 677).

le Y (normes de sanctions) pour construire son identité, le droit criminel pourrait valoriser le dédommagement et en faire une sanction autonome sans risque de dé-différenciation avec le droit civil.

En somme, nous pouvons dire, en ce qui concerne les attentes de dédommagement, qu'elles constituent de l'information audible dans le contexte de la détermination de la peine. Elles sont difficilement recevables par les tribunaux criminels parce que le critère de la « valeur du dommage facilement calculable » agit comme un véritable obstacle pragmatique à l'imposition des ordonnances de dédommagement. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que ces difficultés pragmatiques à l'imposition du dédommagement découlent du statut accessoire de cette ordonnance qui lui-même découle de la difficulté pour le droit criminel de construire son identité systémique autrement qu'à travers les valeurs belliqueuses de la RPM. Au sein de ce « système d'idées » le dédommagement est dévalorisé comme moyen de résolution des conflits et par conséquent, il est dévalorisé comme moyen de combler une attente ou un besoin important pour les victimes.

3.6. La réception des attentes de closure

Dans la section 3.1.4, nous avons indiqué que l'attente de closure pouvait être formulée de différentes manières, mais que ces formulations variées pouvaient se regrouper sous le *closure psychologique ou thérapeutique* (Dubé et Garcia, 2019, 9). Ces attentes de *closure psychologique* se distinguent des attentes de *closure procédural*. La distinction entre le *closure psychologique* et le *closure procédural* que rapportaient Dubé et Garcia (2019) a été établie à partir d'entretiens qualitatifs menés auprès de juges. Cette distinction

constitue un résultat de recherche qui nous sera utile pour l'observation du rôle du *closure*²¹⁹ dans la détermination de la peine à partir de décisions judiciaires. La question qui se pose est la suivante : comment les tribunaux canadiens se positionnent-ils par rapport aux attentes de *closure* des victimes?

Bien souvent, lorsque les tribunaux évoquent le *closure*, ils font référence au *closure procédural* et celui-ci concerne la longueur des délais judiciaires ou les angoisses reliés aux procédures (par opposition aux angoisses reliées au crime). Dans la décision *R. v. Denny*, une affaire d'homicide involontaire coupable dans laquelle la victime a succombé à l'attaque de l'accusé qui souffrait de schizophrénie et était hautement intoxiqué par l'alcool. Le tribunal évoque le *closure* pour désigner la fermeture du dossier qui a pris plus de temps qu'il ne l'aurait fallu :

« While this case has taken longer to reach this stage than it necessarily had to, which is unfortunate for the family and friends of Mr. Taavel, as well as Mr. Denny and his family and friends, *this sentencing should permit the parties some long awaited closure.* » (*R. v. Denny*, 2016 NSSC 76 (Canlii), par. 139).

La détermination de la peine est présentée dans l'énoncé précédent comme étant l'aboutissement de longues procédures. Dans le cadre du *closure procédural*, les délais judiciaires sont alors traduits comme une source de souffrance additionnelle pour les victimes et leurs proches, mais aussi pour l'accusé et sa famille. Cette idée a été réitérée par la Cour Suprême du Canada dans l'arrêt *Jordan* lorsqu'elle affirmait que :

« *Quand les mois suivants une inculpation au criminel deviennent des années, tout le monde en pâtit. Les inculpés demeurent dans l'incertitude et souvent détenus avant leur procès. Les victimes et leurs familles, qui dans bien des cas ont subi des pertes tragiques, ne peuvent tourner la page.* » (*R. c. Jordan*, 2016 1 S.C.R. 631, à la page 644 au par. 2; notre souligné).

²¹⁹ Nous incluons les deux types de *closure* ici.

Le plus haut tribunal du pays reconnaissait alors que les délais judiciaires constituaient une épreuve pour les victimes et leurs familles et que la peine, en tant que finalité des procédures, pouvait leur apporter un certain réconfort. Dans l'extrait précédent, ce réconfort est espéré en relation avec les souffrances générées par les procédures judiciaires elles-mêmes et non avec celles générées par l'acte criminel. Dans le même arrêt, quelques pages plus loin, la CSC faisait également référence au *closure psychologique*, soit un *closure* qui est espéré en lien avec les angoisses découlant de l'infraction commise. À la page 650 de l'arrêt *Jordan*, la CSC affirmait que :

« Les victimes d'actes criminels et leurs familles peuvent être anéanties par de tels actes et avoir de ce fait un intérêt particulier à ce que les procès se déroulent rondement (R. c. Askov, [1990] 2 R.C.S. 1199, p. 1220-1221). En effet, les délais exacerbent la souffrance des victimes et les empêchent de tourner la page. » (R. c. Jordan, 2016 1 S.C.R. 631, à la page 650 au par. 23; notre souligné).

Le *closure* dont il est question dans ce deuxième extrait de l'arrêt *Jordan* s'apparente à un *closure psychologique* en ce qu'il s'appuie sur l'anéantissement des victimes causé par les actes criminels. Certes, la CSC fait mention des délais judiciaire, mais pour expliquer, cette fois-ci, que ceux-ci *exacerbent* la souffrance des victimes, souffrance qui est déjà existante avant les procédures et qui découle du crime que les victimes ont subis. Cela est différent des souffrances découlant des procédures qui s'ajoutent à celles déjà existantes et qui découlent du crime. Ce que l'extrait précédent nous indique, c'est que le CSC reconnaît ce *closure psychologique* chez les victimes d'actes criminels. Toutefois, il ne nous dit rien sur la manière dont le système judiciaire se positionne par rapport à celui-ci dans le processus de détermination de la peine.

Cela implique que les tribunaux *reconnaissent*, d'une part, que les victimes souffrent à différents niveaux de l'infraction qui a été commise, et d'autre part, que les tribunaux peuvent, en cas de manque de promptitude, « *exacerber* » ces souffrances. Le passage suivant provenant de l'affaire *Courtemanche-Brisebois* illustre cette conscience des tribunaux du fait que les délais judiciaires peuvent causer des souffrances supplémentaires : « Ce sera long avant de se remettre de cela d'autant plus que *la longueur des procédures ne contribue qu'à leur faire revivre le même cauchemar à chaque remise des procédures.* » (R. c. *Courtemanche-Brisebois*, 2006 QCCQ 12494 (CanLii), par. 40). On peut constater que la posture des tribunaux consiste à éviter qu'un préjudice additionnel, en l'occurrence un préjudice découlant des délais judiciaires, s'ajoute à ceux découlant de l'acte criminel. Il ne s'agit pas de compenser, par le prononcé de la peine, toutes les souffrances des victimes, mais de faire en sorte que l'administration de la justice n'en *ajoute pas davantage* à partir des délais judiciaires. Autrement dit, le rôle que les tribunaux se donnent par rapport au *closure* n'est pas celui de panser les blessures de la victime (*closure psychologique*), mais plutôt d'éviter que la lenteur des procédures judiciaires aggrave le désarroi des victimes (*closure thérapeutique*).

La volonté des tribunaux de ne pas envenimer la situation des victimes démontre probablement une forme de compassion de la part des acteurs judiciaires. Il y a toutefois d'autres motifs qui poussent les tribunaux à éviter les délais judiciaires. Nous pouvons parler d'un souci d'efficacité auquel est étroitement lié un souci de maintenir la confiance des victimes dans l'administration de la justice :

« *En revanche, les procès instruits dans un délai raisonnable permettent aux victimes et aux témoins d'apporter la meilleure contribution possible au procès et minimisent l'angoiss[e] et [la] frustration [qu'ils ressentent] jusqu'au témoignage lui-même* » (Askov,

p. 1220). *Le cumul des délais interrompt pour sa part leurs activités personnelles, professionnelles ou commerciales, et crée des tracasseries qui peuvent les décourager de participer au procès.* » (R. c. Jordan, 2016 1 S.C.R. 650, par. 24).

Il ne faudrait pas négliger la possibilité d'envisager que, de manière tout à fait indépendante de la volonté des tribunaux, la peine prononcée puisse produire un effet apaisant ou thérapeutique chez la victime à l'égard de l'angoisse générée par le crime. Par exemple, on peut penser qu'une victime fait l'expérience d'un *closure psychologique* après que le tribunal ait prononcé un dédommagement couvrant les pertes subies par l'infraction. Cependant, comme le soulignent à juste titre Dubé et Garcia (2019, 8), « il faut éviter de méprendre l'effet pour la cause, de confondre l'impact et les motifs ». En effet, ces effets bénéfiques ne fondent pas la peine, ce ne sont que des « effets secondaires ». De la même façon qu'un médicament bien prescrit peut entraîner des effets non désirés, une peine juste et proportionnée peut générer chez la victime un effet de *closure psychologique* sans que les tribunaux n'aient voulu produire un tel effet. Autrement dit, les tribunaux distinguent entre peine et thérapie. Du point de vue du système judiciaire, ce *closure psychologique*, en tant qu'effets secondaires de la peine, constitue une perturbation environnementale qui n'est pas convertie en information juridiquement pertinente pour déterminer la peine. Les énoncés qui suivent corroborent cette observation :

« [la victime] a fait preuve d'une grande lucidité et de générosité dans son propos. *Elle comprend certainement que ce n'est pas la peine que le Tribunal impose qui estompera ses blessures. Les tribunaux ont depuis longtemps affirmé que jamais une peine ne guérit, elle répond seulement à un besoin de protéger la société et dans ce cas-ci, à dénoncer le comportement de l'accusé par un châtiment juste et proportionnel à sa responsabilité.* » (R. c. Godin, 2016 J.Q. 8074, par. 173-175).

« Chaque cas est un cas d'espèce dont les faits et les circonstances ne sont jamais les mêmes et *quelle que soit la sentence imposée, elle n'apaisera pas la souffrance de la victime* ». (R. c. Cedar, 2011 Canlii QCCQ 14965, par 30).

À la lumière de ces énoncés, le *closure psychologique*, celui que les juges interviewés par Dubé et Garcia (2019, 9) associent à l'environnement du système judiciaire, ne semble pas être cohérent avec l'auto-description du système judiciaire. La sanction pénale ne vise pas à apaiser les souffrances des victimes. Comme l'énoncé tiré de l'affaire *Godin* le suggère, le *closure psychologique* ne figure pas parmi les objectifs de la peine. Tout au plus, dans le processus de détermination de la peine, le *closure psychologique* ne peut que prendre la forme d'un souhait :

« [41] *I know that completing the sentencing of [the accused] today will not fix or change any of the things that have happened to the victim, or erase the memories of what she has endured. I hope that it will be a step forward in her healing – an opportunity, at least, to put the court proceedings behind her, and to know that the offender has been held to account for his crimes against her by the community.* » (R. v. J.C., 2011 MBPC 71 (CanLii), par. 41).

Cet énoncé provient d'une affaire d'inceste où la victime, entre l'âge de 6 ans et 18 ans, a subi les abus sexuels de son père. Le tribunal reconnaît que la peine qu'il prononcera ne pourra pas effacer tout ce que la victime a pu subir. Tout ce que le tribunal peut faire par rapport au *closure psychologique*, c'est d'espérer que, par le prononcé de la peine, la victime pourra guérir de ses blessures tout en reconnaissant que ce processus de guérison n'est pas de la juridiction de la justice criminelle. D'une certaine manière, l'énoncé précédent nous permet d'observer la frontière entre le système (souhait de guérison) et son environnement (processus de guérison).

Les passages suivants ont l'avantage de nous permettre d'illustrer le contraste entre les attentes de *closure* des proches de la victime et la position du tribunal par rapport à cette même attente :

« [109] Madame Brisebois sait qu'elle aura à vivre toute sa vie avec ses gestes sur la conscience et *la décision du Tribunal, bien qu'elle ne puisse pas ramener la vie et effacer sa faute, est attendue comme une étape psychologique essentielle à la famille de la victime et utile pour elle comme processus expiatoire.* » (*R. c. Courtemanche-Brisebois*, 2006 QCCQ 12494 (CanLii), par. 109).

« [165] Le Tribunal est conscient que ce geste de réparation sociale *ne pourra faire revivre la victime ni faire complètement disparaître la douleur de ses proches.* [166] Le Tribunal est toutefois disposé à octroyer un emprisonnement avec sursis à l'accusée comportant des modalités particulières d'exécution afin de véhiculer de façon primordiale et non équivoque les messages de dénonciation et de dissuasion générale, tout en favorisant la réinsertion sociale de l'accusée et la réparation des torts causés à la victime, ses proches et à la collectivité. » (*R. c. Courtemanche-Brisebois*, 2006 QCCQ 12494 (CanLii), par. 109).

L'affaire *Courtemanche-Brisebois* implique une jeune femme qui a frappé avec sa voiture une piétonne qui attendait son taxi sur le trottoir avec son véhicule. Après l'impact, la conductrice ne s'est pas arrêtée, contrevenant ainsi à l'article 252(1)a) du *Code criminel* qui indique que :

« [...] quiconque, ayant [...] le contrôle d'un véhicule, [...], omet dans l'intention d'échapper à toute responsabilité civile ou criminelle d'arrêter son véhicule [...] lorsqu'une personne a été blessée ou semble avoir besoin d'aide, d'offrir de l'aide, dans le cas où ce véhicule [...] est impliqué dans un accident [...] avec une autre personne; [...] » (Art. 252(1), *C. cr.*)

La conductrice a plaidé coupable à l'article 252(1.3). La mère, la sœur et une amie de la victime ont manifesté leurs attentes à l'égard de la peine : elles s'attendaient à une peine d'emprisonnement ferme²²⁰. L'accusée elle-même souhaitait recevoir une peine d'emprisonnement ferme, car elle y voyait un moyen d'expier le mal qu'elle a causé à la victime et ses proches. Contrairement aux attentes à l'égard de la peine que nous avons

²²⁰ En effet, le tribunal rapportait les propos de la mère, de la sœur aînée et de l'amie de la victime décédée. Il rapporte la position de la mère comme suit : « [44] Pour la mère de la victime, [...] [l'accusée] devrait faire un peu de prison afin de subir les conséquences de ses actes. »; Plus loin, le tribunal rapporte la position de la sœur aînée: « [52] Pour elle, même si c'est un accident, l'accusée doit être punie pour son irresponsabilité par une peine de prison ferme afin de servir d'exemple et réaliser ce qu'elle a fait tout en voyant aussi ce que c'est d'être privée de son enfant. ». Finalement, le tribunal rapporte les propos d'une amie de la victime : « [56] Elle demande au Tribunal de faire payer l'accusée pour ce crime épouvantable afin que cette dernière aussi sache qu'est-ce que c'est de s'ennuyer des gens que l'on aime » (*R. c. Courtemanche-Brisebois*, 2006 QCCQ 12494 (CanLii), par. 44, 52 et 56).

traitées précédemment (section 3.3.1), celle qui nous occupe ici trouve son fondement dans une démarche thérapeutique où la peine d'emprisonnement serait la condition de possibilité du deuil ou du *closure psychologique* des proches de la victime. En dépit de ces pressions victimaires, le tribunal prononce une peine d'emprisonnement avec sursis de 21 mois suivie d'une ordonnance de probation de 18 mois. Le tribunal n'a pas tenu compte des demandes des proches de la victime dans le choix de la sanction.

Les énoncés précédents nous amènent à conclure que le *closure psychologique* n'a rien à voir avec le processus de détermination de la peine²²¹. Attirons l'attention sur un angle-mort qui s'installe dans la manière dont les tribunaux envisagent la question du *closure*. Qu'il soit question de *closure psychologique* ou de *closure procédural*, la condition de possibilité du *closure* est intimement lié à la peine. Cela va de soi que la peine soit le moyen désigné pour atteindre le *closure procédural*, car la peine marque la fin des procédures et par conséquent marque la fin des angoisses liées à elles. Dans le cas du *closure psychologique*, c'est également la peine qui est le moyen désigné pour permettre aux victimes de tourner la page *face aux angoisses et aux souffrances découlant du crime*. La possibilité d'obtenir un tel effet par le verdict de culpabilité se retrouve alors totalement évacuée de la question du *closure psychologique*. Rendre un verdict de culpabilité, c'est reconnaître que des torts ont été causés, c'est reconnaître par le fait même, devant les victimes, leur statut de victime, c'est également reconnaître un acte comme répréhensible. Cependant, à l'intérieur d'un système qui survalorise l'affliction et l'exclusion sociale, cette reconnaissance doit passer inévitablement par la peine afflictive.

²²¹ Notons au passage que le souhait de l'accusée d'aller en prison n'a pas été retenu non plus par le tribunal. Au paragraphe 109 (que nous avons cité), l'accusée s'attendait à aller en prison et y voyait une façon d'expier le mal qu'elle avait causé à la victime et à ses proches.

Toutefois, il y a des exceptions qui méritent d'être étudiées de plus près. Nous avons observé quelques exemples où le *closure psychologique* a été pris en considération dans la détermination de la peine alors que celui-ci ne se concrétisait pas au moyen de la peine, *mais au moyen d'autres aspects des procédures judiciaires*. Par exemple, dans une affaire d'agressions sexuelles où l'agresseur est le père adoptif des deux jeunes filles victimes,²²² le tribunal a considéré les aveux de l'accusé en dépit qu'ils avaient été formulés tardivement. D'entrée de jeu, il faut attirer l'attention sur le fait que les aveux de l'accusé font l'objet d'une triple mise en forme. D'abord, ces aveux tardifs ont été considérés comme une *circonstance aggravante* par le tribunal, car en niant sa responsabilité, l'accusé démontrait « un manque d'empathie pour les victimes » ce qui a contribué « à exacerber les pressions [que les victimes] subissaient déjà »²²³. Ensuite, ils ont été considérés comme étant une *circonstance atténuante* parce qu'en reconnaissant sa responsabilité, même tardivement, le tribunal estimait que ces aveux pourraient avoir un effet bénéfique sur les victimes²²⁴. Au-delà de ces mises en forme « routinières », le tribunal s'appuie de nouveau sur les aveux de l'accusé, non plus pour évaluer la gravité de l'infraction, mais pour réduire directement le *quantum* de la peine :

« [...] *Les aveux de l'accusé même tardifs, et sa reconnaissance de responsabilité seront pris en compte, dans une certaine mesure, à cause de l'effet bénéfique qu'ils peuvent avoir pour les deux victimes dont la crédibilité a été mise à rude épreuve lors du procès, et ce, devant la famille de l'accusé. Il n'était donc pas sans importance que l'accusé reconnaisse finalement devant sa famille qui l'avait soutenu tout au long du procès, que les jeunes femmes disaient la vérité. Le tribunal soustraira en conséquence, une dernière période de 4 mois.* » (R. c. M.G., 2010 J.Q. 525, par. 37).

²²² Il agissait en tant qu'un père de famille d'accueil.

²²³ R. c. M.G., 2010 J.Q. 525, par. 20.9.

²²⁴ R. c. M.G., 2010 J.Q. 525, par. 22.4.

Pour saisir le raisonnement du tribunal, il faut prendre connaissance de certains faits entourant les infractions et les procédures judiciaires, ce qui nous amène à tenir compte d'une décision rendue en septembre 2009. Les infractions d'agression sexuelle commises dans *M.G.* ont débuté alors que les victimes étaient très jeunes, avant même qu'elles ne puissent se souvenir selon la poursuite. L'accusé se défend avec la thèse du « transfert d'identité²²⁵ » de leur agresseur : comme les agressions ont débuté avant qu'elles aient la capacité de se souvenir, elles attribueraient à tort les agressions à l'accusé. Nous nous trouvons donc dans un procès où la parole des victimes s'opposait à celle de l'accusé et où le témoignage de ces premières a été remis en question. Par ailleurs, comme les agressions sexuelles remontaient à plusieurs années, le fardeau de la preuve était particulièrement lourd, car certains témoignages ont été reçus comme des oui-dire. Il faut également ajouter le fait que la famille de l'accusé était présente aux audiences, qu'elle s'affichait du côté de l'accusé et que certains membres, dont la fille aînée de l'accusé, ont été appelés à la barre des témoins. Tout ce qui suit a fait en sorte que le procès s'est avéré être un procès difficile et douloureux pour les victimes : les contre-interrogatoires, les témoignages des membres de la famille de l'accusé et la pression de dénoncer un membre de la famille²²⁶ en situation d'autorité.

Lors de l'audience de septembre 2009, le tribunal a reconnu l'accusé coupable d'avoir commis des agressions sexuelles envers les victimes. Malgré cette reconnaissance institutionnelle de la responsabilité criminelle de l'accusé, le fait demeure que l'accusé n'a pas « avoué » ni « reconnu » sa culpabilité devant les membres de sa famille et les victimes. Compte tenu du contexte particulier du procès que nous avons décrit précédemment, le

²²⁵ *R. c. M.G.*, 2009 QCCQ 12940 (Canlii), par. 9.

²²⁶ Rappelons que l'accusé est le père adoptif des victimes.

tribunal a considéré significatif le fait que l'accusé ait reconnu sa responsabilité non seulement devant les deux victimes et leurs conjoints respectifs, mais aussi devant sa femme et ses propres filles²²⁷. Du point de vue du tribunal, ces aveux, même tardifs, *peuvent entraîner des effets bénéfiques* sur les victimes et pour cette raison il y a lieu de les prendre en considération. Le tribunal reconnaît qu'il est important pour ces victimes de savoir que l'accusé reconnaît sa culpabilité, mais qu'il reconnaît aussi les torts qu'il leur a causés durant toutes ces années.

Si nous avons pris la peine de présenter tous ces détails, c'est pour mieux comprendre ce qui a amené le tribunal à considérer les effets bénéfiques des aveux de l'accusé sur les victimes. En conférant ces effets bénéfiques à ces aveux, le tribunal aurait conféré, du même coup, une « plus-value » à cette circonstance atténuante qu'il avait identifiée au paragraphe 22.4. Il est en effet très rare de voir une circonstance (atténuante ou aggravante) avoir un impact aussi marqué sur le *quantum* de la sanction. Au nom de l'effet bénéfique des aveux sur les victimes, le tribunal a retranché quatre mois d'emprisonnement sur la peine totale de l'accusé. Même si le résultat de la prise en compte de ces effets sur les victimes est une réduction de la peine, nous avons vu que les tribunaux ont été catégoriques par rapport au *closure* : « la peine ne pourra jamais effacer les souffrances des victimes et ce n'est d'ailleurs pas son rôle ». Considérant cela, nous pouvons sérieusement nous demander pourquoi le tribunal a tenu compte des effets bénéfiques des aveux de l'accusé sur les victimes.

Ces effets bénéfiques ne sont pas attribués à la sanction, mais plutôt à une circonstance factuelle : les aveux de l'accusé. Comme il n'est pas question de chercher à

²²⁷ R. c. M.G., 2009 QCCQ 12940 (Canlii), par. 20.

produire un effet sur les victimes à partir de la peine, le tribunal n'y a peut-être pas vu une incohérence avec la jurisprudence ou l'identité du SDC. Il faut rappeler que les aveux ou les reconnaissances de culpabilité sont généralement reconnus comme des circonstances atténuantes lorsqu'ils se produisent tôt dans les procédures judiciaires. Or, dans l'affaire *M.G.*, ces aveux sont arrivés tardivement : ils n'ont pas permis de sauver du temps à l'administration de la justice et n'ont pas pu éviter non plus un témoignage douloureux aux victimes. Cependant, ces aveux ont tout de même été prononcés et il n'y avait plus de motifs qui justifieraient leur prise en compte par le tribunal dans la détermination de la peine, sauf peut-être celui d'une reconnaissance de culpabilité par l'accusé et celui d'un effet bénéfique pour les victimes. En effet, même tardifs, les aveux de l'accusé impliquent malgré tout une reconnaissance de culpabilité, *sa culpabilité*, une prise de conscience des torts qu'il a causés aux victimes. Ces aveux, bien que tardifs, sont conçus comme pouvant produire un soulagement chez les victimes : le soulagement de savoir que la *vérité* a été dite, c'est-à-dire que leurs droits fondamentaux ont été bafoués, que leurs torts ont été reconnus et que leur dignité brimée a été revalorisée.

À partir des « effets » bénéfiques des aveux sur la victime, le tribunal aurait *fabriqué* un « nouveau » motif pour justifier la circonstance atténuante associée aux aveux et aux plaidoyers de culpabilité rendus tardivement. Ce serait, en principe, une manière légitime de tenir compte et de combler les attentes de *closure* des victimes : un motif, non pas pour justifier la peine, mais plutôt pour tenir compte d'une circonstance atténuante. Sous toute réserve, il faut considérer la possibilité que cette circonstance atténuante ait été prise en considération dans le seul objectif de justifier une peine plus clémente.

Toutefois, certaines questions persistent toujours. Selon quelles idées, quels principes ou postulats, la production d'un « effet bénéfique » sur les victimes pourrait s'immiscer dans le processus de détermination de la peine? Autrement dit, quelles structures internes auraient pu sélectionner ce motif? Si nous explorons cette piste de réflexion, les idées, principes ou postulats qui ont permis au tribunal de justifier la prise en compte des aveux tardifs de l'accusé en une circonstance atténuante semblent moins à voir avec le programme de la « rationalité pénale moderne » qu'avec un autre « système de pensée ». La reconnaissance d'effets bénéfiques aux victimes dans le processus de détermination de la peine ne semble pas s'appuyer sur l'une des théories de la peine classiques. Nous ne pouvons identifier ce « système de pensée » alternatif, mais ce qui compte, c'est que le juge l'ait « connecté » au « fil causal » du SDC, ce qui implique une forme d'institutionnalisation de nouvelles attentes en matière de détermination de la peine (théorie de la peine).

Pour conclure, nous pouvons dire que du point de vue des tribunaux, le *closure psychologique* ne constitue pas une attente qu'ils considèrent être en mesure de combler. La seule forme de *closure* qui est compatible avec les procédures judiciaires est le *closure procédural* qui correspond à la fin des procédures judiciaires. La Cour supérieure de l'Ontario, dans l'affaire *McArthur*, exprimait clairement cette distinction entre ces deux types de *closure* :

« [73] Today hopefully brings a final end to the criminal justice process without a lengthy and graphic public trial. *I recognize for the families, friends and the community the end of the criminal case process does not bring closure to their loss. This is just the closure of one chapter, the criminal process of justice. Unfortunately, they will live with this nightmare the rest of their lives. This court cannot give them what they want most, to have their loved one back.* » (*R. v. McArthur*, 2019 ONSC 963, par. 73)

Lorsque la Cour supérieure de l'Ontario fait mention de la fin des procédures, on se situe dans le *closure procédural* qui est en lien avec les souffrances ou les angoisses découlant des procédures judiciaires, soit ce que les sciences sociales ont attribué à une forme de « victimisation secondaire » (Cario et Ruiz-Vera, 2015). Dans l'extrait, on constate que le *closure procédural* est admissible : arriver au terme d'un procès relève de la compétence des tribunaux. *A contrario*, le tribunal ne peut rien pour les souffrances découlant de l'infraction : le *closure psychologique* est alors laissé aux victimes elles-mêmes et ne constitue pas un objectif des tribunaux.

3.7. Discussion : vers un nouveau fondement du droit de punir?

Dans cette discussion, nous aimerions souligner quelques-unes de nos observations empiriques que nous considérons comme significatives par rapport à l'émergence d'un nouveau fondement du droit de punir s'appuyant sur l'importance de reconnaître les victimes. Selon Dubé et Garcia (2017b), qui ont analysé les débats parlementaires entourant le projet de loi C-32 duquel est née la *Charte des victimes*, les argumentations des parlementaires ont confondu « dénoncer » et « reconnaître » de sorte que « dénoncer les torts subis par les victimes » renvoient plutôt à « reconnaître les torts subis par les victimes ». D'après les auteurs, ce serait les traces d'une possible « théorie de la reconnaissance victimaire » dans le système politique qui serait encore confondue avec les théories de la peine déjà stabilisées dont la théorie de la dénonciation et la théorie de la rétribution. Contrairement à elles, cette théorie émergente de la reconnaissance victimaire accorde à la sentence et à sa sévérité la capacité de reconnaître les torts et de revaloriser la

dignité de la victime (Dubé et Garcia, 2017b, 13). À partir de leur empirie, les auteur(e)s identifient la *reconnaissance des torts* et la *reconnaissance de la dignité* comme étant les deux piliers de cette théorie de la peine en devenir (Ibid., 14). Dans la perspective de cette théorie de la peine, plus la peine est sévère, plus cette dernière communique la reconnaissance des torts et plus la dignité de la victime s'en trouve valorisée. Dans cette théorie de la reconnaissance victimaire, la punition ne se fonde plus sur la dissuasion, ni sur la rétribution, ni sur la dénonciation ou la réhabilitation, mais plutôt sur *l'importance de reconnaître la victime*. Dans ce qui suit, nous allons identifier quelques-uns des mécanismes de reconnaissance mobilisés par les tribunaux.

3.7.1. La reconnaissance des torts subis par les victimes

Il faut considérer qu'au moment de rendre une décision, les tribunaux ne sont pas dans une posture de réflexivité de laquelle ils pourraient prendre les idées qui fondent leur pratique comme objet. Au contraire, les tribunaux sont généralement contraints de rendre des décisions quotidiennement, ce qui n'est pas propice à la réflexion théorique (Luhmann, 2004, 293). Cela signifie qu'il est possible que, de décision en décision, d'opérations à opérations, les tribunaux puissent en venir à associer « ceci » à « cela » sans que cette association soit prise comme un objet de réflexion spécifique. En ce qui concerne la théorie de la reconnaissance victimaire, nous estimons, à partir de nos observations empiriques, que certains de ces effets aient été associés soit à la théorie de la dénonciation ou à la théorie de la rétribution. En effet, chacun des deux piliers de la théorie de la reconnaissance identifiés par Dubé et Garcia (2017b) semble avoir été confondu avec des aspects d'autres théories de la peine déjà stabilisées rendant ainsi l'observation de la théorie de la

reconnaissance victimaire difficile. Alors que la reconnaissance des torts est généralement confondue avec la théorie de la rétribution (variante non kantienne).

Dans la jurisprudence, la théorie de la dénonciation fait l'objet de plusieurs usages par les tribunaux : 1) elle est utilisée dans son sens usuel, pour dénoncer l'acte illégal commis; 2) elle est parfois utilisée aussi pour dénoncer un problème ou un enjeu social d'actualité²²⁸; 3) elle est de temps à autre en outre utilisée pour *reconnaître les diverses atteintes à la victime*. L'énoncé suivant provenant de l'affaire *Ramla* illustre un tel usage de la théorie de la dénonciation :

« Le premier de ces objectifs est la dénonciation du comportement illégal (art. 718 a C.cr.). Comme on l'a vu, *les tribunaux affirment de façon constante que, en matière de violence conjugale au sens large, cet objectif doit être véhiculé dans la configuration de la sanction*. Or, dans un cas comme celui dont le Tribunal est saisi, rien ne permet d'évacuer ou même de nuancer cet objectif : *monsieur Ramla a en effet, pendant une période d'au moins six semaines, pris le quotidien de son ex-conjointe en otage, portant atteinte à son droit à la liberté, à sa dignité et à sa sécurité*. La peine doit refléter la réprobation sociale que suscite un tel comportement. » (*R. c. Ramla*, 2016 JQ QC 3070, par. 254; notre souligné).

La décision *Ramla* a été rendue en 2016, soit après l'adoption de la *Charte des victimes* et l'élargissement de l'objectif de dénonciation pour y inclure la dénonciation des torts subis par les victimes. Dans la première portion de l'énoncé, la théorie de la dénonciation fait l'objet du deuxième usage identifié précédemment. La théorie de la dénonciation est utilisée pour cibler le problème social de la violence conjugale. Cependant, dans la suite de l'énoncé, la théorie de la dénonciation est utilisée pour *reconnaître les torts que l'accusé a fait subir à la victime*. Il est à noter que du point de vue du tribunal, il s'agit de la dénonciation et non pas de reconnaissance. Ce que nous avons

²²⁸ C'est le cas lorsque les tribunaux l'utilisent pour cibler des problèmes sociaux spécifiques comme la violence conjugale ou la violence faite aux femmes ou aux enfants.

identifié comme un « usage particulier » de la théorie de la dénonciation pourrait s'avérer être un effet de cette théorie de la reconnaissance victimaire dans les opérations du système judiciaire.

Nous avons vu au point 3.2.1 que les tribunaux évoquaient souvent les torts subis par les victimes dans l'évaluation de la gravité de l'infraction. Nous pouvons considérer que les torts subis par les victimes peuvent bénéficier de plus d'une structure d'accueil. Nous avons identifié le rétributivisme comme structure d'accueil des torts subis, mais il est possible que cette théorie de la reconnaissance victimaire joue le rôle d'un équivalent fonctionnel. En fait, à la différence de la reconnaissance victimaire, le rétributivisme ne nécessite pas l'intervention des victimes dans le processus de détermination de la peine pour évaluer la gravité de l'infraction; seule l'information sur les circonstances « refroidies » par le procureur suffisait à la tâche. Cependant, comme nous l'avons vu, les tribunaux résument bien souvent la *gravité subjective* aux torts subis par les victimes. Nous avons même soulevé l'hypothèse que cela pourrait être le symptôme du développement d'un nouveau mécanisme de construction de la gravité de l'infraction. La construction de la gravité subjective de l'infraction à partir non pas seulement des torts subis par les victimes, mais à partir de leur récit, pourrait être observée comme une forme judiciaire de reconnaissance des torts subis par les victimes²²⁹. Suivant cette piste d'interprétation, le processus d'évaluation de la gravité subjective ne serait plus seulement marqué par un souci de rendre une sanction proportionnelle à la gravité de l'infraction, mais aussi par un

²²⁹ Dans la doctrine, la prise en compte des torts subis par les victimes continue d'être associée au rétributivisme (par exemple, voir Roberts et Manikis, 2010; Manikis et Roberts, 2011; Sommers, 2016; Lippe, 2003).

souci de reconnaissance des torts subis par les victimes. Les propos du tribunal dans l'énoncé suivant corroborent avec cette interprétation :

« A significant concern of the sentencing hearing is finding a disposition tailored to the individual offender in an effort to ensure long range protection of the public. As a consequence, much becomes known about the accused as a person. *In this process, there is a danger of the victim being reduced to obscurity - an intolerable departure from respect for the personal integrity of the victim. The victim was a special and unique person as well - information revealing the individuality of the victim and the impact of the crime on the victim's survivors achieves a measure of balance in understanding the consequences of the crime in the context of the victim's personal circumstances, or those of survivors.* (R. v. Gabriel, 1999 OJ 2579, par. 19; mon souligné).

Le tribunal perçoit le déséquilibre entre l'attention qui est accordée à l'accusé et celle qui est accordée à la victime et leurs proches, ce qu'il qualifie comme un manque de respect envers les victimes. Il est à noter que le mot « respect » fait partie de la sémantique de la reconnaissance et que son usage par le tribunal suggérerait que son raisonnement s'inscrive dans cette sémantique. Au-delà de l'usage du mot « respect », c'est surtout la finalité du propos, soit celle de reconnaître la victime comme une personne unique, singulière et spéciale, qui indique l'usage de la sémantique de la reconnaissance. Les propos du tribunal dans l'affaire *Gabriel* donnent une certaine crédibilité, non seulement au fait que l'évaluation de la gravité subjective puisse représenter un mécanisme de *reconnaissance des torts subis* par les victimes, mais aussi à l'hypothèse de l'émergence d'une théorie de la reconnaissance victimaire encore confondue avec une certaine forme de rétributivisme (non kantien).

3.7.2. La reconnaissance de la dignité humaine de la victime

Tout d'abord, il faut considérer que la prise en compte des attentes victimaires, telles que nous l'avons décrit entre les sections 3.2 et 3.6, constitue une forme de valorisation de la dignité des victimes, notamment en les reconnaissant comme des personnes ayant des attentes légitimes en matière de justice criminelle. Nous ne sommes plus, il nous semble, dans le contexte décrit par Laflamme-Cusson (1985) où les victimes étaient strictement des témoins ou des « pions de la reine » pour reprendre l'expression de l'auteure. Dans l'énoncé qui suit, le tribunal commente les récentes modifications législatives concernant les victimes d'actes criminels et fait référence à l'adoption de la *Charte canadienne des droits des victimes* comme un « changement de paradigme » :

« [180] Cette modification [sur la suramende compensatoire] s'inscrit dans une volonté claire du législateur de placer la victime au centre du système de justice criminelle. Dans la foulée de cette modification à la suramende survient également en juillet 2015, l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits des victimes.

[181] *Il s'agit d'un véritable changement de paradigme obligeant les tribunaux, particulièrement au moment de l'imposition de la peine, à analyser la situation non pas exclusivement sous l'angle du contrevenant, mais en considérant la réalité des victimes d'actes criminels.* » (DPCP c. Fortier, 2016 QCCQ 12046 (Canlii), par. 180-181)

Il nous semble que l'énoncé cadre parfaitement avec les résultats de notre analyse de la réception des inputs et des attentes victimaires puisque la considération des attentes victimaires correspond à considérer la réalité des victimes. Les victimes qui éprouvent un besoin de protection à l'égard de l'accusé se font généralement entendre sans difficulté. Lorsque le tribunal indique, qu'au moment de déterminer la peine, les tribunaux doivent « analyser la situation [...] en considérant la réalité des victimes d'actes criminels », il est en train de légitimer la prise en compte d'attentes, d'opinions et de points de vue externes dans le processus de détermination de la peine. Autrement dit, la peine ne s'adresse plus

seulement à l'accusé, mais *désormais* aussi à la victime. En légitimant la prise en compte de la réalité de la victime, le tribunal ouvre la porte à l'émergence d'un « nouveau » droit des victimes : le droit à ce que la peine soit modulée en fonction de ses besoins (nous y reviendrons sous peu). Évidemment, comme nous l'avons vu, cela ne signifie pas que les tribunaux soient à la remorque des victimes. Au contraire, en étant cognitivement ouvert sur son environnement, le système judiciaire attribue des attentes, des opinions ou des besoins aux victimes, mais en étant opérationnellement fermé, ces attentes externes que sont celles des victimes sont récupérées par la logique de ses propres structures (Garcia et Dubé, 2017b, 16). Néanmoins, la prise en compte de certaines de ces attentes victimaires laisse transparaître un réel souci de la part des tribunaux à considérer les victimes d'actes criminels comme des *individus avec des attentes légitimes* qui méritent d'être écoutés. Dit autrement, ce serait là un premier indicateur de la présence d'une théorie de la reconnaissance victimaire, car aucune autre théorie de la peine déjà stabilisée ne pourrait expliquer cette prise en charge judiciaire de certaines attentes victimaires.

La prise en considération de la réalité des victimes peut également se faire la reconnaissance du statut de victime de la victime et de ses torts. Dans l'énoncé qui suit, le tribunal est en train de valoriser la dignité de la victime :

« [18] *M^{me} B... est une vraie victime, celle que personne ne veut être. La personne sensée qui ne mérite rien de ce qui lui est arrivé, celle qui vit la calamité d'un affreux accident qui ne se serait pas produit si Olivier Tremblay n'avait pas conduit avec les facultés affaiblies. M^{me} B... est une personne importante, comme tout citoyen. Personne ne mérite ce châtement, elle non plus. Elle vit des séquelles et un préjudice physique qui empoisonnent sa vie à cause de l'étourderie de Olivier Tremblay, celui à qui ses proches ont dit de ne pas prendre le volant parce que ses facultés étaient affaiblies. Tremblay a conduit alors qu'il attendait ses procès, alors qu'il avait de lourds antécédents judiciaires.* » (R. c. Tremblay, 2010 QCCQ 5269 (Canlii), par. 18)

Si nous portons une attention à la sémantique utilisée par le tribunal, nous ne pouvons faire autrement que de remarquer que nous ne sommes pas dans la logique interne de la

rétribution ni de la dénonciation. La dénonciation vise à communiquer la réprobation sociale à l'égard d'un comportement illégal. Or, dans l'extrait ci-haut, le tribunal est bien centré sur la victime et sa souffrance pour la présenter comme étant une « vraie » victime innocente qui a été écorchée par les agissements téméraires de l'accusé.

Les tribunaux ont également développé d'autres mécanismes pour reconnaître ou valoriser la dignité humaine de la victime. La valorisation de la dignité humaine de la victime est également visible lorsque les tribunaux considèrent que le sort de la victime a été particulièrement « révoltant » ou « marquant » :

« Le contexte dans lequel les infractions ont été commises et auxquelles l'accusé a plaidé coupable sont aussi singulières que révoltantes et démontrent de la part de l'accusé *un mépris total à l'égard de la dignité et de l'intégrité corporelle d'une personne*, surtout, comme c'est le cas en l'espèce, lorsque la victime est son épouse et la mère de ses sept enfants » (R. c. E.F., 2016 JQ 5808, par. 9).

« L'ensemble des victimes se sont vues offrir la possibilité de faire des représentations à la Cour ou de compléter un texte sur les séquelles vécues, elles ont légitimement choisi de ne pas se replonger dans ce passé qu'elles désirent sans doute oublier. Néanmoins lors du procès, le Tribunal n'a pu constater combien ces crimes ont marqué les victimes, combien elles souffrent à différents degrés de cette atteinte à leur dignité et leur intégrité. » (DPCP c. Girard-Lévesque, 2016 QCCQ 7602, par. 37; mon souligné).

« [65] The victims were not only used for the accused's gratification in life but also in death. He staged six of his victims in perverse and *degrading* fashions, and then photographed them. [...] [66] His digital file folder for each victim allowed the accused to keep, revisit, and enjoy the brutality of the killings. *Some of his victims never even got a name for the file, and are simply referred to as # 4 or #5.* [67] Even after their brutal deaths the accused continued to victimize these men through the use of his digital photo array of many of the victims. [68] *These eight innocent victims then faced the greatest post mortem indignity.* Each was systematically cut up in pieces and buried in planters or in the ground in an unsuspecting person's property in Leaside. [...] *This degradation and indignity of the victims shows a complete lack of humanity and is exceptionally aggravating.* » (R. v. McArthur, 2019 ONSC 963, par. 65-68).

Dans ces énoncés, la reconnaissance de la dignité de la victime se manifeste par la communication de la force par laquelle cette dignité a été atteinte. D'un côté, les tribunaux communiquent un tort particulier que les victimes ont subi, c'est-à-dire l'atteinte à leur

dignité ou inversement le mépris qu'elles ont subi. D'un autre côté, on ne peut nier le fait que d'énoncer l'atteinte à la dignité, c'est aussi implicitement revaloriser la dignité humaine de la victime. Dans un cas comme dans l'autre, c'est-à-dire que l'on décide d'attribuer ces énoncés à la reconnaissance des torts ou à la reconnaissance de la dignité, nous sommes toujours dans une logique de reconnaissance victimaire.

La valorisation de la dignité humaine de la victime s'effectue également en réitérant les droits et libertés de la personne de la victime qui ont été atteints par l'infraction commise par le coupable. En effet, les tribunaux semblent de plus en plus insister sur les droits de la personne de la victime qui ont été bafoués par l'infraction :

« [...] dans la mesure où monsieur Ramla est même réapparu dans le nouvel environnement de madame Chabani après son déménagement, *la sanction à imposer doit véhiculer avec force, auprès de monsieur Ramla, le message selon lequel madame Chabani a le droit à la paix, à la tranquillité d'esprit et à la sécurité dans sa nouvelle vie.* [...] » (R. c. Ramla, 2016 JQ QC 3070, par. 255; mon souligné).

« En matière d'invasion de domicile, la jurisprudence comporte de très nombreux exemples de peines d'incarcération très sévères. Ceci s'explique, entre autres, par le fait que *le domicile d'une personne devrait être en quelque sorte un sanctuaire où elle a droit de s'attendre à être à l'abri de toute violence.* » (R. c. Gignac, 2016 JQ 5767, par. 54; nos italiques).

Dans les énoncés qui précèdent, à travers la peine, le tribunal veut envoyer le message voulant que *les droits fondamentaux de la victime aient été atteints*. Dans le premier extrait, nous pouvons percevoir que le raisonnement du tribunal est calqué sur la théorie de la dénonciation, surtout lorsque le tribunal insiste sur le fait que « la peine doit véhiculer un message avec force ». Certes, la dénonciation vise à envoyer un message et dans *Ramla*, le message est essentiellement le suivant : « les droits fondamentaux de la victime n'ont pas été respectés ou encore la victime a été atteinte dans ses droits fondamentaux », droits qui

sont reconnus à tous. Dans le cas de *Ramla*, nous estimons que nous faisons face à un énoncé calqué sur la théorie de la dénonciation et qui pourrait avoir au moins deux significations qui ne sont pas nécessairement mutuellement exclusives: 1) la dénonciation des torts subis par les victimes à titre de nouvelle valeur fondamentale et/ou 2) la reconnaissance de l'atteinte de la victime dans ses droits les plus fondamentaux.

En ce qui concerne l'autre extrait, le tribunal nous semble plus préoccupé à *reconnaître la validité de l'attente de sécurité des victimes*. Autrement dit, les tribunaux sont en train d'affirmer que l'attente de sécurité de la victime dans *Gignac* est une attente totalement légitime pour la victime et tous citoyens.

3.7.3. L'émergence d'un nouveau droit aux victimes?

À ces droits fondamentaux reconnus à toutes personnes, y compris les victimes d'actes criminels, la théorie de la reconnaissance victimaire semble faire apparaître un nouveau droit aux victimes d'actes criminels : le droit à une peine sévère ou à une peine modulée pour répondre à ses besoins (tranquillité d'esprit, protection, etc.). Ce droit de la victime de bénéficier d'une peine modulée à ses besoins, que ces besoins soient réels ou attribués par le tribunal, apparaît très clairement dans l'extrait ci-dessous :

« [34] Le tribunal considère d'ailleurs que, quelle que soit la peine en l'instance, elle devra être accompagnée d'une probation qui affirme les objectifs de protection, de dissuasion personnelle et collective, de dénonciation et de protection du public. *Une probation s'impose en raison des impacts considérables des voies de fait sur la personne de la victime et de la nécessité de lui conférer à elle aussi membre du public, la protection et, particulièrement la protection judiciaire des ordonnances d'un tribunal*. Cette probation est une mesure incontournable dans le présent dossier. » (*R. c. Elfaf*, 2007 QCCQ 17172 (Canlii), par. 34).

Dans *Elfaf*, le tribunal convertit les torts subis par la victime en un besoin de protection qui va se refléter dans la peine. Dans cette affaire, le juge est très catégorique, la victime a besoin de la protection judiciaire et il la lui offre en imposant une ordonnance de probation. L'affaire *Elfaf* porte sur une infraction qui ne se retrouve pas au sommet de l'échelle des peines et pour cette raison, on pourrait croire que les tribunaux ne voient pas de problème à moduler la peine selon leurs besoins. Par contre, l'extrait suivant met à mal cette supposition. Il s'agit d'une affaire portant sur un triple meurtre commis par un homme dans la province de l'Ontario. Celui-ci a été condamné à purgé une peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération avant 70 ans. Le tribunal a justifié sa décision dans les termes suivants :

« While agreeing in general terms with Mr. Foord [*amicus curiae*] that hope, rehabilitation and measured retribution are and should always be a consideration when imposing a sentence; from time to time in our criminal justice system, a crime is so deplorable, so devoid of mercy, so cold-blooded that denunciation, retribution and *giving a sense of justice to the many victims and the community at large become the paramount and virtually the singular consideration*. Basil Borutski's murderous rampage that took place on September 22nd, 2015 is one such case. Therefore the sentence will be life imprisonment without eligibility for parole on each count to be served consecutively, being a total period of 70 years. » (*Basil-Borutski*, 2017 ONSC 89769 CanLii, p. 10; nos italiques)

D'abord, il convient de souligner la manière par laquelle la Cour supérieure de l'Ontario qualifie le triple meurtre commis par l'accusé. Il s'agit d'une infraction que le tribunal associe aux crimes les plus déplorables, les plus cruels et sans pitié qui soient. Devant le caractère odieux de l'infraction commise par l'accusé, la Cour supérieure de l'Ontario met de côté la réhabilitation et une forme de « rétributivisme modérée » (*measured retribution*). Pour justifier la peine d'emprisonnement de 70 ans, la Cour supérieure de l'Ontario va plutôt s'appuyer sur les idées de la théorie de la dénonciation,

les idées de la théorie de la rétribution et sur les victimes. Cependant, il n'y a pas aucune victime qui demande quoi que ce soit à la Cour supérieure de l'Ontario. Il s'agit de victimes abstraites auxquels le tribunal impute lui-même des attentes de justice.

En indiquant que la peine doit donner un « sentiment de justice » aux nombreuses victimes et à la communauté, la Cour supérieure de l'Ontario établit un lien entre la validité de la peine et les attentes des victimes et de la communauté. En d'autres mots, en cherchant à donner un sentiment de justice aux victimes, le tribunal fait dépendre la validité de la peine à un critère externe du processus de détermination de la peine, à savoir les attentes de justice des victimes. Considérant que les victimes évoquées dans l'énoncé sont en fait des victimes abstraites ne prenant pas part aux procédures judiciaires, nous pouvons alors constater toute l'influence du filtre de la RPM dans la mise en forme des victimes et de leurs attentes de justice. Ces victimes évoquées ne sont que le corrélat interne de la Cour supérieure de l'Ontario, le fruit de ses sélections dans la mise en forme du médium victime. Cependant, il faut voir que même si nous sommes face à un *artefact sémantique*, il demeure qu'en visant à donner « a sense of justice » aux victimes mêmes abstraites, le tribunal fonde la peine de 70 ans d'emprisonnement sur l'importance de signifier une dignité humaine et les torts. Dans *Basil-Borutski*, la peine d'incarcération apparaît comme un véritable « droit des victimes à la souffrance du coupable » et sa longueur comme un gage de la force avec laquelle la reconnaissance victimaire est signifiée.

Si dans *Basil-Borutski*, la Cour supérieure de l'Ontario a pu prononcer une peine d'emprisonnement aussi longue, c'est en vertu de l'article 745.51 du *Code criminel* qui permet désormais le cumul des périodes d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Il apparaît que la valorisation de la dignité et des torts subis par les victimes intervient

également dans la gestion de la peine. Dans *Kubala*, l'accusé a plaidé coupable à douze chefs d'accusation pour des infractions sexuelles commises à l'endroit de mineures. L'accusé interjette appel parce qu'il estime que la peine d'emprisonnement de 4 ans et 6 mois est excessive considérant que son restaurant a été confisqué et vendu comme bien infractionnel. La cour d'appel du Québec doit donc évaluer si la peine est « manifestement non indiquée ». Ce qui est d'intérêt pour notre propos, c'est la logique de la cour d'appel pour justifier pourquoi « lorsque les infractions sont commises à différents moments contre différentes victimes, les peines sont généralement consécutives. » (*Kubala c. R.*, 2017 QCCA 882, par. 13). La cour d'appel se positionne en indiquant :

« [13] [...] [qu'] *Il en est ainsi car décider autrement équivaudrait à ne pas tenir compte du mal fait à certaines victimes et à ne pas imposer de peine quant aux crimes commis à leur endroit.*

[14] *Compte tenu du nombre de victimes et de la période durant laquelle le requérant a sévi, force est de constater que le juge n'a pas erré en imposant des peines consécutives. »* (*Kubala c. R.*, 2017 QCCA 882, par. 13-14)

Évidemment, les tribunaux ont toujours organisé les peines consécutives en fonction des différentes victimes, car bien souvent, des victimes distinctes représentent des infractions distinctes et ultimement des chefs d'accusation distincts. Ce qui attire notre attention c'est plutôt la logique de reconnaissance qui habite le raisonnement de la cour d'appel. Lorsqu'un accusé commet des infractions à différents moments et à l'endroit de différentes victimes, il faut que le tribunal s'assure d'imposer une peine cumulative pour chacune des victimes. Autrement, ce serait un déni de reconnaissance de la souffrance vécue par les victimes et de leur dignité humaine. Ici aussi, nous pouvons voir apparaître un droit de la victime à la peine de l'accusé afin de signifier la reconnaissance victimaire.

3.7.2. Remarques finales

Pour conclure notre propos, nous pouvons dire que nous retrouvons les traces d'un « vocabulaire de motifs » qui, quoique difficilement observable à certains moments du fait qu'il soit encore confondu avec certaines théories de la peine de la première modernité, prédisposent le système judiciaire à considérer comme étant juridiquement valides des attentes externes, en l'occurrence les attentes victimaires. Du point de vue de l'évolution du droit criminel, ce nouveau vocabulaire de motifs participe au maintien du statu quo en matière de droit criminel, c'est-à-dire qu'il densifie davantage la non-évolution du droit criminel moderne.

4. Conclusion

Dans le cadre de cette étude, notre intention était de faire une *description* de la relation du système judiciaire avec son environnement, et plus spécifiquement de sa relation avec les stimuli que représentaient, pour ce système, les victimes d'actes criminels. Cette étude se justifiait sur l'inclusion de la victime dans le champ des normes de sanction et à son nouveau rôle à titre de victime-témoin de l'impact du crime.

Dans le contexte théorique de notre recherche, le système judiciaire a été conceptualisé comme une organisation autoréférentielle qui, de par ses opérations, se différencie comme organisation au sein du système de droit criminel, système lui-même différencié au sein du système juridique. Cette différenciation du système judiciaire se théorise comme la *clôture opérationnelle* qui rend possible l'*ouverture cognitive* de ce système sur son environnement.

Dans le cadre de notre recherche, nous avons établi que l'ouverture cognitive du système judiciaire était déterminée par les idées fondatrices de la *rationalité pénale moderne*, supposant ainsi que la relation entre ce système et les victimes d'actes criminels dans la détermination de la peine était fortement influencée par les valeurs fondamentales de l'affliction ou de l'exclusion sociale. Cependant, nous avons montré que les théories de la peine (rétribution, dissuasion, réhabilitation carcérale et dénonciation) pouvaient difficilement agir à titre de structure pour accueillir la victime et ses attentes. De ce constat, nous avons émis l'hypothèse qu'une nouvelle théorie de la peine était à l'œuvre dans l'accueil de la victime et de ses attentes en matière de justice pénale. La question que nous avons posée à l'intérieur de cette problématique visait à savoir comment cet « accueil », qui demeure toujours en développement, se manifestait dans le processus de la

détermination de la peine. Nous avons cherché à répondre à cette question en nous appuyant sur un corpus empirique constitué de décisions judiciaires.

Les décisions judiciaires se sont avérées être un terrain fertile pour observer l'état du droit criminel en lien avec la relation que le système entretient avec les victimes d'actes criminels. Comme nous l'avions anticipé dans l'élaboration du projet de recherche, le caractère relativement récent de cette relation a amené les tribunaux, au cours des deux dernières décennies, à prendre position par rapport à la victime-témoin de l'impact du crime. En effet, les références aux victimes dans le processus de détermination de la peine étaient beaucoup plus abondantes que ce que nous avons pu anticiper avant de plonger dans notre matériel empirique. La constitution du corpus empirique s'est effectuée de manière séquentielle selon une série de critères. Si nous avons sélectionné et lu près de 400 décisions judiciaires, nous avons, en revanche, procédé à la codification systématique d'une centaine d'entre elles. Nous avons ensuite soumis notre corpus empirique à une analyse de discours. L'analyse de ce matériau juridique s'est effectuée à partir de la posture épistémologique d'un observateur de second-ordre dont l'attention se centrait sur comment un système observateur observe ou construit sa réalité.

À la lumière de notre empirie, nous pouvons affirmer que le médium « victime » est actuellement en train de complexifier l'organisation interne de la « rationalité pénale moderne », mais sans que ne soit remise en question la logique punitive sous-jacente à cette rationalité juridique guerrière. L'accueil de ce médium peut être attribué à certaines théories de la peine de la première modernité, comme la théorie de la rétribution et la théorie de la dénonciation, mais celles-ci nous semblent insuffisantes pour expliquer nos observations empiriques. Nous estimons que les pratiques judiciaires des tribunaux à

l'endroit des victimes se fondent à bien des égards sur l'idéologie de la reconnaissance. Nous avons pu observer cette idéologie de reconnaissance sous différentes formes.

Nous avons pu observer comment les torts subis par les victimes sont récupérés dans l'évaluation de la *gravité de l'infraction*. Les tribunaux observent la gravité de l'infraction à travers la distinction gravité objective/gravité subjective. Si la gravité objective est déterminée par des indicateurs abstraits comme les peines maximales prévues pour une infraction donnée, la gravité subjective est déterminée à partir des *faits entourant l'acte*. C'est dans cette catégorie qu'entrent les torts subis par les victimes : dans les *faits entourant l'acte*. En fait, la *gravité subjective* des infractions est bien souvent réduite aux conséquences du crime sur les victimes. Malgré la diversité de ces torts, la mise en forme à laquelle ils participent reste essentiellement la même : ces torts sont transposés en *circonstances aggravantes* et tendent à aggraver la gravité subjective de l'infraction. Face à ce procédé d'homogénéisation des torts, nous pouvons envisager qu'à l'intérieur de la structure de la théorie de la rétribution (dans une variante non kantienne), le mal illégitime causé à la victime (torts) et le mal légitime (peine) doivent être proportionnels, ce qui signifie que dans les cas où le mal illégitime est plus grand, le mal légitime doit aussi être plus grand. En étant converties en circonstances aggravantes, ces conséquences, à leur tour, plaident alors pour une sanction plus sévère.

Sous le prisme de la RPM, cette prise en compte des torts subis par les victimes est rendue possible par la structure que représente la théorie de la rétribution. À partir des réflexions de Dubé et Garcia (2017b), nous avons pu suggérer la possibilité que cette prise en compte des torts subis par les victimes puisse être observé comme une forme de

reconnaissance des victimes par le système judiciaire, notamment la reconnaissance des torts subis par les victimes.

Par ailleurs, les distinctions tracées par Dubé et Garcia (2017b) entre la théorie de la reconnaissance victimaire et les théories de la rétribution et de la dénonciation nous ont permis de guider notre regard vers d'autres formes de reconnaissance institutionnelle des tribunaux. Nous avons observé une forme de reconnaissance victimaire dans le regard que le système pose sur elles : il ne les observe plus comme un simple témoin de l'acte, ni comme un simple témoin de l'impact, mais comme des individus « situés socialement » (Debuyst, 1998), c'est-à-dire comme des individus porteurs d'un point de vue qui leur est propre et ultimement comme des individus portant des attentes légitimes en matière de justice criminelle.

Nous avons identifié une certaine variété d'attentes victimaires. Cela implique que le système judiciaire lui-même a mis en forme ces « perturbations environnementales » en tant qu'attentes. Parmi les attentes victimaires observées, nous avons pu identifier les attentes portant sur la peine (clémence/sévère); les attentes de quiétude ou de protection; les attentes de dédommagement et les attentes de closure. Il nous faut rappeler un point : nous n'avons pas cherché à établir une description exhaustive des attentes victimaires que l'on pouvait retrouver dans la jurisprudence. À l'intérieur des paramètres de notre recherche, la description des attentes victimaires consistait en une étape préalable pour justifier l'étude de notre véritable objet de recherche : les mises en forme des *inputs* victimaires par le système judiciaire au moment de la détermination de la peine.

L'analyse de la réception de ces attentes victimaires par le système judiciaire a révélé une inégalité.

Les recommandations des victimes sur la peine n'étaient pas nécessairement exclues du processus de détermination de la peine et qu'elles pouvaient, dans certains contextes particuliers, y jouer un rôle plus déterminant que ne le ferait une circonstance aggravante. En effet, lorsque la peine envisagée ou la peine imposée porte un préjudice additionnel à la victime, les tribunaux sont plus susceptibles de considérer la recommandation de la victime sur la peine. Par ailleurs, nous avons pu voir que certaines infractions sont plus propices que d'autres à la formulation de demandes de clémence par la victime. Cela signifie que la victime non punitive peut jouer un rôle déterminant pour valoriser la modération dans la pratique judiciaire que représente la détermination de la peine. Cela signifie également que le système judiciaire n'a que très peu de soutien cognitif pour valoriser la modération sans un stimulus externe.

Ensuite, les attentes de quiétude et de protection pouvaient se transposer en information juridiquement pertinente pour déterminer la peine et ses modalités d'application. Si l'incarcération ferme est envisageable comme sanction, ces attentes pouvaient se transposer en exigence d'emprisonnement pour assurer une paix d'esprit à la victime. Ces attentes peuvent également se transposer *en interdiction de communiquer avec la victime*. Ces interdictions de communication peuvent être assorties d'une sanction non carcérale ou d'une sanction carcérale, selon le cas. Lorsque l'incarcération est privilégiée, il faut que le tribunal accorde une ordonnance de probation *en plus* de l'incarcération.

L'analyse de la réception des attentes de dédommagement a pu montrer qu'en dépit de la présence de structures d'accueil pour recevoir cette attente légitime, celle-ci éprouve néanmoins de la difficulté à se transposer en information juridiquement pertinente. Cela s'explique par le fait que ce type d'attente est souvent associé à une requête de type civiliste

dans un système qui, sur le plan identitaire, a du mal à concevoir son propre rôle autrement qu'à travers la sémantique de la « protection de la société » (Dubé, 2012b). Les effets de cette identité guerrière s'expriment concrètement par la rigidité avec laquelle les tribunaux criminels encadrent le critère du « dommage facilement calculable ».

Finalement, nous avons établi que le *closure psychologique* de la victime fait dépendre son deuil de la sévérité de la peine ne constituait pas de l'information juridique pertinente pour la détermination de la peine. Ces considérations autour du *closure psychologique* appartiennent aux victimes. Pour les tribunaux, le *closure* prend le sens d'un *closure procédural* qui se rapporte à la question du respect des délais judiciaires en vue de veiller à la bonne administration de la justice.

À la lumière de ces observations, la victime n'est plus seulement une « pièce à conviction » à la disposition du système, elle est aussi et peut-être de plus en plus une personne ayant des besoins et des attentes légitimes envers l'issue du processus judiciaire. Autrement dit, la réception, même différentielle, des inputs et des attentes des victimes peut être observée comme une autre forme de reconnaissance des victimes par les tribunaux.

Nous avons également identifié de nouveaux droits que les tribunaux attribuaient aux victimes, soit le droit à une peine sévère ou le droit à une peine modulée en fonction de ses besoins. Désormais, la peine ne s'adresse plus seulement au condamné, elle est modulée pour accommoder certaines attentes exprimées par les victimes ou attribuées aux victimes.

L'observation de tous ces éléments nous amène à donner de la crédibilité à l'hypothèse de l'émergence d'une idéologie de la reconnaissance victimaire au sein du système judiciaire. Cependant, pouvons-nous parler de l'émergence d'une nouvelle théorie

de la peine, plus précisément d'une théorie de la reconnaissance victimaire dans le système judiciaire? Il faut faire preuve de prudence ici. Pour parler de *théorie de la peine*, il ne suffit pas d'identifier une nouvelle finalité ou un nouveau motif dans la justification des décisions. À proprement parler, une théorie de la peine repose sur des énoncés cohérents et stabilisés observables dans la doctrine, les lois et le droit criminel en général. Si nous avons tout de même utilisé l'expression « théorie », c'est plutôt pour attirer l'attention du lecteur quant au fait que ce « vocabulaire de motifs » émergent représente néanmoins un équivalent fonctionnel aux théories de la peine déjà stabilisées dans la RPM. Cette nouvelle théorie de la peine n'est qu'un « vocabulaire de motif », voire un « vocabulaire de motifs » qui éprouve encore du mal à se différencier d'autres théories de la peine stabilisées dans les pratiques judiciaires de la détermination de la peine de même que dans celles du politique relatives au processus de création de la loi pénale (Dubé et Garcia, 2017b). Nos observations empiriques, comme celles menées par Dubé et Garcia (2017b), ne nous permettent pas de qualifier la théorie de la reconnaissance victimaire comme une théorie de la peine à proprement parler. Les effets que ce vocabulaire de motifs entraîne nous amènent à considérer comme important de le présenter, non pas dans les termes sans doute trop flous de discours, mais comme une « théorie de la peine potentielle » ou « en devenir ». On attire ainsi le regard sur les effets que cette théorie de la reconnaissance victimaire entraîne dans la détermination de la peine, effets qui seraient autrement difficilement observables.

Bibliographie

- Acosta, F., et A.P. Pires (1998). « Constructivisme versus réalisme. Quelques réflexions sur les notions de crime, déviance et situations problématiques ». *Politique, Police et Justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Oustrive*, 21-44.
- Adam, C., Cauchie, J.-F., Devresse, M.-S., Digneffe, F. et Kaminski, D. (2014). *Crime, justice et lieux communs. Une introduction à la criminologie*. Bruxelles: Éditions Larcier.
- Albrecht, P.-A. (1999). « The Functionalization of the Victim in the Criminal Justice System ». *Buffalo Criminal Law Review*, 3(1), pp. 91-107.
- Amado Garcia, J.A. (1989). « Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann ». *Droit et Société*, Vol. 11(1), pp. 15-52.
- Amado Garcia, J. A. (1993). « La société et le droit chez Niklas Luhmann ». Dans A.-J. Arnaud, et P. Guibentif, *Niklas Luhmann, observateur du droit: un recueil organisé* (éd. Collection Droit et Société, Vol. 5). Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Andersen, N. A. (2003). *Discursive Analytical Strategies: Understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann*. Glasgow: The Policy Press.
- Avenier, Marie-José (2011). « Les paradigmes épistémologiques constructivistes : post-modernisme ou pragmatisme? ». *Management & Avenir*, Vol. 43(3), pp. 372-391.
- Avenier, M. J. et Albert, M. N. (2009). Légitimation de savoirs académiques en GRH tirant parti de l'expérience de praticiens dans une épistémologie constructiviste. In *Acte de la conférence AGRH*.
- Barel, Y. (1983). « De la fermeture à l'ouverture, en passant par l'autonomie ». In Colloque de Cerisy. L'auto-organisation: de la physique au politique, sous la dir. de P. Dumouchel et J. P. Dupuy, Paris, Seuil, p.466-475.
- Baril, M. (1981). « Assistance aux victimes et justice pénale ». *Déviance et société*, Vol. 5(No 3), pp. 277-282.
- Baril, M. (1988). « Les projets de lois et de politiques en matière de victimes d'actes criminels ». *Criminologie*, 21(2), pp. 103-111.
- Baril, M. et S. Cusson (1985). *Mémoire de l'Association Québécoise Plaidoyer-Victimes*. Présenté à la Commission canadienne sur la détermination de la peine.

- Bateson, G. (1977). *Vers une écologie de l'esprit* (Tome II). (F. Drosso, L. Lot, et E. Simion, Trads.) Paris: Éditions du Seuil.
- Beccaria, C. (1764). *Des délits et des peines*. Paris: Flammarion.
- Bentham, J. (1840). Théorie des peines. Dans J. Bentham, *Théorie des peines et des récompenses. Traité des preuves judiciaires* (éd. 3e, Vol. II, pp. 7-132). Bruxelles: Société Belge de Librairie. Consulté le août 12, 2015, sur http://books.googleusercontent.com/books/content?req=AKW5Qad5C-uC3Bkf_Lg6eIkIA7L9tk5fjcDpOhsHXdDYSnKGoP9DzfGFo9j_4jzgan7G2OKS V1c6HiXKT9hRB1rLtQG-N1vDicxBjDeRDkncn1q3i7HURAH0DzZ-OBqw-f3IRC87do4VW6ftEwonRTkaoneWhD7zIbc121UY1JhAgQNitanmRzXbErhTU9Dps8jgApwS
- Berthelot, J. M. (2000). Epistémologie et sociologie de la connaissance scientifique. *Cahiers internationaux de Sociologie*, Vol. 109, pp. 221-234.
- Boisvert, A.-M., et Jodouin, A. (2002). « De l'intention à l'incurie: le déclin de la culpabilité morale en droit pénal canadien ». *Revue Générale de Droit*, (32), pp. 759-795.
- Brunzel, B. (2010). *Disillusioning modernity : Niklas Luhmann's social and political theory*. Frankfurt am Main ; New York: Peter Lang.
- Canada (1987). *Réformer la sentence : une approche canadienne. Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*. Ottawa : Ministre des approvisionnements et Services Canada.
- Canada. (1983). *Canadian Federal-Provincial Task Force on Justice for Victims of Crime*. Ottawa: Supply and Service Canada.
- Cario, R., et Ruiz-Vera, S. (2015). *Droits des victimes: de l'oubli à la reconnaissance*. Paris: L'Harmattan.
- Cauchie, J.-F., et Sauvageau, J. (2013). « La montée du closure: un allié ou un trublion pour la rationalité pénale moderne? ». Dans R. Dubé, M. Garcia, et M. R. Maïra , *La rationalité pénale moderne: Réflexions théoriques et explorations empiriques* (pp. 167-191). Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa.
- Cellard, A. (1997). « L'analyse documentaire ». Dans J. Poupart, J.-P. Deslauriers, L.-H. Groulx, A. Laperrière, R. Mayer, et A. P. Pires, *De quelques enjeux épistémologiques d'une méthodologie générale pour les sciences sociales*. Québec: Gaëtan Morin Éditeur, pp. 251-272.
- Chaumont, J.-M. (1999). « Les attentes de reconnaissance des victimes ». Dans : Cartuyvels, Y. et P. Mary. *L'État face à l'insécurité : dérives politiques des années 90*. Bruxelles: Labor, pp. 37-50.
- Clam, J. (1997). *Droit et société dans la sociologie de Niklas Luhmann : Fondés en contingence* (Droit, éthique, société). Paris: Presses Universitaires de France.

- Coiteux, J. (1996). « Introduction ». Dans J. Coiteux, P. Campeau, M. Clarkson, et M.-M. Cousineau, *Question d'équité. L'aide aux victimes d'actes criminels* (pp. 1-11). Montréal: Association québécoise Plaidoyer-Victimes.
- Comeau, Y. (1994). *L'analyse des données qualitatives*. Cahiers du CRISES, Université Laval, Département de counseling, Québec.
- Debuyst, C. (1990), « Présentation et justification du thème », Dans : *Acteur social et délinquance. Hommage à Christian Debuyst*, Bruxelles, Mardaga éditeur, p. 21-33.
- Digneffe, F. (1995). « La prison comme problème social ». Dans : C. Debuyst, F. Digneffe, J.-M. Labadie, et A. P. Pires, *Histoire des savoirs du crime et de la peine: des savoirs diffus à la notion de criminel-né* (Vol. 1, pp. 176-191). Bruxelles: de Boeck.
- Digneffe, F. (1998a). « L'école positive italienne et le mouvement de la défense sociale ». Dans : C. Debuyst, F. Digneffe, et A. P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine: La rationalité pénale moderne et la naissance de la criminologie* (Vol. 2, pp. 234-278). Bruxelles: de Boeck.
- Doak, J. (2008). *Victim's Rights, Human Rights and Criminal Justice: Reconceiving the Role of Third Parties*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Dubé, R. (2008). *Système de pensée et réforme du droit criminel: les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969)*. Thèse de doctorat, Université du Québec à Montréal, Département de sociologie, Montréal.
- Dubé, R. (2012). « La fonction du droit criminel moderne: de la protection de la société à la stabilisation des attentes normatives ». *Droit et société*, 3(82), 659-688.
- Dubé, R. (2015a). « Théorie des systèmes: La fonction du système juridique et la différenciation du droit criminel ». Dans : L. K. Sosoe, *Le droit - un système social : Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann* (pp. 57-74). Hildesheim: OLMS.
- Dubé, R. (2015b), « L'immobilisme de la critique et celui du pénal : deux problèmes fondamentaux pour l'abolitionnisme », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. XII, mis en ligne le 12 août 2015, consulté le 24 octobre 2017. URL : <http://champpenal.revues.org/9117> ; DOI : 10.4000/champpenal.9117.
- Dubé, R. (2017). « L'évolution des systèmes sociaux: comment penser la contribution des systèmes psychiques? » Dans : L. K. Sosoe (Éd.), *Systèmes psychiques et systèmes sociaux* (pp. 78-105). Hildesheim: Georg Olms Verlag.
- Dubé, R. (2018). « Pour une sociologie du virtuel : l'observation et la portée critique des mondes possibles ». Dans : Corriveau, P., A. Pires, L. Sosoe et G. Pelletier (Éds.), *Normativité et critique en sciences sociales (titre provisoire)*. Québec : Presses de l'Université Laval. (soumis).

- Dubé, R. et M. Garcia (2017a). « Le judiciaire, la détermination de la peine et la polycontextualité de l'opinion publique ». *Revue canadienne Droit et Société*, pp. 1-20. doi:10.1017/cls.2016.41
- Dubé, R. et M. Garcia (2017b), « La construction politique des attentes victimaires dans les débats parlementaires entourant la création de la loi pénale », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. XIV | 2017, mis en ligne le 17 mai 2017, consulté le 21 mai 2017. URL : <http://champpenal.revues.org/9501> ; DOI : 10.4000/champpenal.9501
- Dubé, R. et Garcia, M. (2019). Le juge et la victime: une nouvelle "union de faits" en droit criminel canadien? *Document de travail inédit*, pp. 1-23.
- Dubé, R. et Garcia, M. (2018). « L'opinion publique au fondement du droit de punir: fragments d'une nouvelle théorie de la peine? ». *Déviance et Société*, Vol. 42(2), pp. 243-275. doi:10.3917/ds.422.0243
- Dubé, R. et Labonté, S. (2016). « Dénonciation, rétribution et dissuasion: repenser trois obstacles à l'évolution du droit criminel moderne ». *Les Cahiers de droit*, pp. 685-713.
- Duchastel, J. (1993). « Discours et informatique: des objets sociologiques? ». *Sociologie et Sociétés*, Vol. 25(No 2), pp. 157-170.
- Durkheim, É. (1960/1893). *De la division du travail social* (éd. 7e). Paris: Presses Universitaires de France.
- Erez, E. (2000). « Integrating a Victim Perspective in Criminal Justice Through Victim Impact Statements ». Dans : Crawford, A. et J. Goodey (2000), *Integrating a Victim Perspective in Criminal Justice : International Debates*, Burlington : Ashgate Publishing Company, pp. 165-184.
- Erner, G. (2006). *La société des victimes*. Paris: La Découverte.
- Ferrarese, E. (2007). *Niklas Luhmann, une introduction* (éd. Pocket). La Découverte.
- Foucault, M. (1980), La poussière et le nuage. Dans : M. Perrot, *L'impossible prison*, Paris, Seuil, pp. 29 à 39.
- Foucault, M. (1975). *Surveiller et punir : Naissance de la prison*. Paris: Gallimard.
- Friedberg, E. (1978). « Les systèmes formalisés de Niklas Luhmann ». *Revue française de sociologie*, XIX, pp. 593-601.
- Garcia, M. (2016). Du juge "bouche de la loi" dans sa "tour d'ivoire" au juge "gardien des promesses" dans la cité. *Canadian Criminal Law Review*(21), pp. 237-267.
- 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, *La rationalité pénale moderne*:

- réflexions théoriques et explorations empiriques* (pp. 37-72). Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa.
- 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), pp. 417-459.
- Garcia, M. et Dubé, R. (2017a). La réforme du droit criminel: une idée dont le temps est venu. Dans : J. Desrosiers, M. Garcia, et M.-È. Sylvestre, *Réformer le droit criminel au Canada: défis et possibilité/Criminal Law Reform in Canada: Challenges and Possibilities* (pp. 3-35). Montréal: Éditions Yvon Blais.
- Garcia, M. et Dubé, R. (2017b). « Une enquête théorique et empirique sur les menaces externes à l'indépendance judiciaire dans le cadre du sentencing ». *Revue générale de droit*, 47(1), pp. 5-45. doi:10.7202/1040495ar
- Garnot, B. (2001). « Les victimes pendant l'Ancien Régime (XVIe - XVIIe - XVIIIe siècles) ». Dans R. Cario, et D. Salas, *Oeuvre de justice et victimes. Vol. I*. Paris: L'Harmattan. pp. 59-65.
- Gohier (2004). « De la démarcation entre critères d'ordre scientifique et d'ordre éthique en recherche interprétative », *Recherches qualitatives*, Vol. 24, pp. 3-17.
- Guibentif, P. (2010). *Foucault, Luhmann, Habermas et Bourdieu: Une génération repense le droit* (Vol. 53). Paris: Droit et Société; Maison des Sciences de l'Homme.
- Günther, G. (2004). « Life as Poly-Contextuality ». Dans : *www.vordenker.de* (Edition : février 2004), J. Paul (ed.), URL : http://www.vordenker.de/ggphilosophiy/gg_life_as_polycontextuality.pdf.
- Hagan, J. L. (1983). *Victims Before the Law: The Organizational Domination of Criminal Law*. Butterworths.
- Haist, M. (2009). « Deterrence in a Sea of 'Just Deserts' : Are Utilitarian Goals Achievable in a World of 'limiting Retributivism' », *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 99, No 3, pp. 789-822.
- Henderson, L. (1985). « The Wrongs of Victim's Rights ». *Stanford Law Review*, Vol. 37, No 4. Pp. 937-1021.
- Holstein, J. et G. Miller (1993). « Reconstituting the Constructionist Program ». Dans: Holstein, J. et G. Miller (Eds.). *Reconsidering Social Constructionism : Debates in Social Problems Theory*. AldineTransaction, pp. 241-252.
- Hudson, J. et B. Galaway (1981). « Restitution and the Justice Model ». Dans : Fogel, D. et J. Hudson, *Justice as Fairness. Perspectives on the Justice Model*. Anderson Publishing.

- Izuzquiza, I. (1990). Dossier Luhmann: Niklas Luhmann ou la société sans hommes. *Cahiers Internationaux de Sociologie*, Vol. 89 (juillet-décembre), pp. 377-387.
- Jaccoud, M. (1999). « Les cercles de guérison et les cercles de sentence autochtones au Canada ». *Criminologie*, Vol. 32, No 1, pp. 79-105.
- Jaccoud, M. (2007). « Innovations pénales et justice réparatrice », *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], Séminaire Innovations Pénales, mis en ligne le 29 septembre 2007, consulté le 18 décembre 2017. URL : <http://journals.openedition.org/champpenal/1269> ; DOI : 10.4000/champpenal.1269
- Kaipi, E. (2017). « La forme personne – un avantage sémantique ». Dans L. K. Sosoe (Éd.), *Systèmes psychiques et systèmes sociaux*. Hildesheim: Georg Olms Verlag, pp. 189-206.
- Kant, E. (1994/1785). *Fondement de la métaphysique des mœurs I. Fondation. Introduction*. Paris : Flammarion.
- Katz, K. M. (2010). « Opposing Scales of Justice: Victims' Voice in the Sentencing Process ». *Canadian Criminal Law Review*, 181(14), pp. 1-41.
- Kennedy, J. (2018). « The Citizen Victim: Reconciling the Public and Private in Criminal Sentencing ». *Criminal Law, Philosophy*, s.p. doi:10.1007/s11572-018-9462-0
- King, M. et Thornhill, C. (2003). *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*. New York: Palgrave Macmillan.
- Kirchengast, T. (2010). « Recent Reforms to Victim's Rights and the Emerging "Normative Theory of the Criminal Law" ». *Criminal Law Quarterly*, 56, pp. 81-115.
- Labonté, S. (2017a). « La réception de la victime non punitive par le droit criminel au moment de déterminer la peine: une étude de cas ». Dans Desrosiers, J., M. Garcia et M.-È. Sylvestre, *Réformer le droit criminel au Canada: défis et possibilités/Criminal Law Reform in Canada: Challenges and Possibilities*. Montréal: Éditions Yvon Blais., pp. 359-381.
- Labonté, S. (2017b). *Les usages des théories de la peine par les tribunaux canadiens*. Document de travail inédit: Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale.
- Lachambre, S. (2011). *La théorie de la dénonciation: émergence et institutionnalisation en droit criminel*. Thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Département de criminologie, Ottawa.
- Laflamme-Cusson, S. (1985). Les pions de la Reine ou la place des témoins et des victimes dans le droit criminel canadien. *Déviance et société*, Vol. 9(No 1), pp. 47-58. doi:10.3406/ds.1985.1430

- Lawrence, M. S. (2016). Looking the Gift Horse in the Mouth: An Examination of the Canadian Approach to Criminal Restitution in Cases of Sexual Violence. *Canadian Criminal Law Review*(20), 209-227.
- Lippke, R. L. (2003). « Victim-centered retributivism ». *Pacific Philosophical Quarterly*, 84(2), 127-145.
- Luhmann, N. (1982). « The World Society As A Social System ». *General Systems*, 8, pp. 131-138.
- Luhmann, N. (1985). *A Sociological Theory of Law*. Boston: Routledge & Kegan Paul.
- Luhmann, N. (1989). « Law as a Social System ». *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, No 1 et 2, pp. 136-150.
- Luhmann, N. (1992). Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System. *Cardozo Law Review*, 13, 1419-1441.
- Luhmann, N. (1993). *Risk: A Sociological Theory*. (R. Barrett, Trad.) New York: Aldine de Gruyter.
- Luhmann, N. (1996). « Complexity, Structural Contingencies and Value Conflicts ». Dans: Heelas, P., S. Lash et P. Morris (Éds.), *Detraditionalization. Critical Reflections on Authority and Identity*. Cambridge: Blackwell Publisher Inc., pp. 59-71.
- Luhmann, N. (1997). « Globalisation ou société du monde: comment concevoir la société moderne? », *Regards sur la complexité sociale et l'ordre légal à la fin du XXe siècle*. D. Kalogeropoulos (Éd.). Bruxelles, Bruylant: p.7-31.
- Luhmann, N. (2001). *La légitimation par la procédure*. (L. K. Sosoe, Trad.) Québec: Les Presses de l'Université Laval.
- Luhmann, N. (2002a). *Theories of Distinction: Redescribing the Descriptions of Modernity*. California: Stanford University Press.
- Luhmann, N. (2002b). *Theory of society, vol. 1*, Stanford University Press.
- Luhmann, N. (2004). *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press.
- Luhmann, N. (2006). « System as Difference ». *Organization*, 13(1), 37-57.
- Luhmann, N. (2010). *Systèmes sociaux. Esquisse d'une théorie générale*. (L. K. Sosoe, Trad.) Québec: Les Presses de l'Université Laval.
- Manikis, M. (2015a). Victim Impact Statements at Sentencing: Towards a Clearer Understanding of their Aims. *University of Toronto Law Journal*, 65(2), pp. 85-123.

- Manikis, M., et Roberts, J. (2011). « Recognizing Ancillary Harm at Sentencing: A Proportionate and Balanced Response ». *Canadian Criminal Law Review*, 15(2), 131-144.
- Markin, T. (2017). « Victim Rights in Sentencing: An Examination of Victim Impact Statements ». *Canadian Criminal Law Review*, 22, pp. 95-119.
- Martignani, L. (2016). « The Place of Construction in Sociological Realism ». *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 46(4), 517-536.
- Marzano, M. (2006). « Qu'est-ce qu'une victime ? ». *Archives De Politique Criminelle*, 28(1), 11-20.
- Mastrocinque, J. M. (2010). « An Overview of the Victims' Rights Movement : Historical, Legislative, and Research Developments ». *Sociology Compass*, 4/2, pp. 95-110.
- Mathiesen, T. (1990). *Prisons on trial*. Hook, UK: Waterside Press.
- Moeller, H.-G. (2011). *Luhmann explained: From Souls to System*. Chicago: Open Court Publishing.
- Moser, W. (1990). « Réinscrire, déconstruire : une critique du troisième type ». *Recherches Sémiotiques/Semiotic Inquiry*, Vol. 10, no 1-2-3, pp. 127-143.
- Mukamurera, J., Lacourse, F., et Couturier, Y. (2006). Des avancées en analyse qualitative: pour une transparence et une systématisation des pratiques. *Recherches Qualitatives*, 26(1), 110-138.
- Nobles, R. et D. Schiff (2001). « Criminal justice : Autopoietic Insights ». Dans : J. Priban et D. Nelken, *Law's New Boundaries. The Consequence of legal autopoiesis*. Burlington : Ashgate Publishing Limited, pp. 197-217.
- Nobles, R. et Schiff, D. (2013). *Observing Law through Systems Theory*. Portland: Hart Publishing.
- Paillé, P., et Mucchielli, A. (2003). *L'analyse Qualitative En Sciences Humaines Et Sociales*. Paris : Armand Colin.
- Parent, C. (1995). La déclaration de la victime au niveau de la sentence: une mesure adaptée aux besoins des victimes? *Revue Générale de Droit*, 26, pp. 127-132.
- Parent, H. et J. Desrosiers (2016). *Traité de droit criminel. Tome 3. "La peine"*. Montréal: Éditions Thémis.
- Perrin, B. (2017). *Victim Law: The Law of Victims of Crime in Canada*. Toronto: Thomson Reuters Canada Limited.
- Phillips, N. et C. Hardy, (2002). *Discourse Analysis : Investigating Processes of Social Construction*. Thousand Oaks, CA : Sage Publication

- Pires, A. (1987). « Deux thèses erronées sur les lettres et les chiffres », *Cahiers de recherche sociologique*, 5(2), pp. 85-105.
- Pires, A. P. (1990, juillet). « Le devoir de punir: Le rétributivisme face aux sanctions communautaires ». *Revue canadienne de criminologie/Canadian Journal of Criminology*, pp. 441-460.
- Pires, A. P. (1991). « Éthiques et réforme du droit criminel: Au-delà des philosophies de la peine ». *Ethica*, 3(2), pp. 47-78.
- 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, *De quelques enjeux épistémologiques d'une méthodologie générale pour les sciences sociales*. Québec: Gaëtan Morin Éditeur. pp. 3-54.
- Pires, A. P. (1997b). « Échantillonnage et recherche qualitative ». Dans J. Poupart, J.-P. Deslauriers, L.-H. Groulx, A. Laperrière, R. Mayer, et A. P. Pires, *De quelques enjeux épistémologiques d'une méthodologie générale pour les sciences sociales*. Québec: Gaëtan Morin Éditeur. pp. 113-169
- Pires, A. P. (1998). Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne. Dans C. Debuyst, F. Digneffe, J.-M. Labadie, et A. P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie* (pp. 3-51). De Boeck: De Boeck Université.
- Pires, A. P. (2001a). La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. *Sociologie et Sociétés*, 33(1), pp. 179-204.
- Pires, A. P. (2001b). La "ligne maginot" en droit criminel: la protection contre le crime versus la protection contre le prince. Dans R. De Giorgi, *Il Diritto e La Differenza: Scritti in onore di Alessandro Baratta* (Vol. 1, pp. 509-534). Lecce: Edizioni Pensa Multimedia.
- Pires, A. P. (2002a). Codifications et réformes pénales. Dans L. Mucchielli, et P. Robert, *Crime et sécurité: l'état des savoirs* (pp. 84-92). Paris: La Découverte.
- Pires, A. P. (2002b). *La politique législative et les crimes à 'double face' : Éléments pour une théorie pluridimensionnelle de la loi criminelle (drogues, prostitution, etc.)*. Rapport d'expert à l'intention du Comité spécial du Sénat du Canada sur les drogues illicites, Chaire de recherche du Canada en Bijuridisme et rationalité pénale, Centre interdisciplinaire de recherche sur la citoyenneté et les études minoritaires, Ottawa.
- Pires, A. P. (2004). « La recherche qualitative et le système pénale. Peut-on interroger les systèmes sociaux? ». Dans : Kaminski, D. et M. Kokoreff. *Sociologie pénale : système et expérience. Pour Claude Faugeron*. Les éditions Erès, pp. 173-198.

- Pires, A. P. (2014). « Réflexions théoriques et méthodologiques sur le transfert de valeurs: le cas du droit criminel ». Dans P. Gin, N. Goyer, et W. Moser, *Transfert: Exploration d'un champ conceptuel* (pp. 139-182). Ottawa: Les Presses de l'Université d'Ottawa.
- Pires, A. P. (2015). « L'adoption intersystémique des énoncés de sens: le concept de punition en matière criminelle ». Dans L. K. Sosoe, *Le droit - un système social. Un commentaire coopératif de Niklas Luhmann* (pp. 233-278). Hildesheim: OLMS.
- Pires, A. P. (2016a). « CRM4710 – Théorie de la rationalité pénale modern ». *Séminaire de premier cycle, Document inédit*. Département de criminology, Université d'Ottawa.
- Pires, A. P. (2016b). « CRM6780A - Thèmes choisis: une théorie transdisciplinaire de l'observation ». *Séminaire de deuxième cycle, Document inédit*. Département de criminologie, Université d'Ottawa.
- Pires, A. P., et Acosta, F. (1994). Les mouches et la bouteille à mouches: utilitarisme et rétributivisme classiques devant la question pénale. *Revue Carrefour*, 16(2), pp. 8-39.
- Pires, A. P., et Dubé, R. (2014). « CRM6780D - Épistémologie et sciences humaines: énigmes, impasses et nouvelles contributions ». *Séminaire de deuxième cycle, Document inédit*. Département de criminologie, Université d'Ottawa.
- Prior, L. (2003). *Using Documents in Social Research*. London : Sage
- Raiser, T. (1989). « Les relations entre la sociologie du droit et les sciences juridiques », *Revue Droit et Société*, Vol. 11, n°.12, pp.121-138.
- Raupp, M. (2015). *La réforme de 1984 au Brésil: Pourquoi est-il si difficile de réduire le recours à l'incarcération?* Thèse de doctorat, Université d'Ottawa, Département de criminologie, Ottawa.
- Re, L. (1983). « The Amicus Curiae Brief : Access to the Courts for Public Interest Associations ». *Melbourne University Law Review*, Vol. 14, Juin 1984, pp. 522-533.
- Roach, K. (1999). *Due Process and Victim's Rights: The New Law and Politics of Criminal Justice*. Toronto: University of Toronto Press.
- Roberts, J.V. (2001). « Évolution et conséquence de la réforme de la sentence au Canada ». *Sociologie et Sociétés*, Vol. 33, No 1, pp. 67-83.
- Roberts, J.V. et Edgar, A. (2006). *La déclaration de la victime au moment de la détermination de la peine: expérience et perceptions des juges: un sondage réalisé dans trois provinces*. Ottawa: Ministère de la justice.

- Roberts, J. V. et Erez, E. (2011). « Communication at sentencing: the expressive function of Victim Impact Statements ». Dans A. Bottoms, et J. V. Roberts, *Hearing the Victim: Adversarial Justice, Crime Victims and the State* (éd. 1ère, pp. 232-254). New York: Willan Publishing.
- Roberts, J. V. et Manikis, M. (2010). « Victim Impact Statements at Sentencing: The Relevance of Ancillary Harm ». *Canadian Criminal Law Review*, 15, pp. 1-25.
- Roché, S. (1995). « Les victimes : de la communauté à l'assurance en passant par l'État ». In: *Déviance et société*, Vol. 19, n°4. pp. 355-370.
- Rocher, G. (2005). « Le 'regard oblique' du sociologue sur le droit », Conférence présentée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal le 23 novembre 2004, [en ligne] http://www.crdp.umontreal.ca/fr/activites/evenements/041123GR_texte.pdf
- Rossi, C. (2011). Droits-égards ou droits-devoirs? L'implication des proches des victimes d'homicide au sein des procédures pénales: conséquences et enjeux pour les personnes elles-mêmes. Dans F. Vanhamme, «Justice!». *Entre pénalité et socialité vindicatoire* (pp. 149-169). Montréal: Érudit, coll. livres et actes. Consulté le 18 juin, 2018, sur <http://retro.erudit.org/livre/justice/2011/003013co.pdf>
- Rossi, C. (2013). *Homicide : les proches des victimes*. Paris : L'Harmattan.
- Rotman, E. (1990). « Beyond Punishment: A New View on the Rehabilitation of Criminal Offenders ». (M. Wolfgang, Éd.) *Contributions in Criminology and Penology*(26).
- Rothman, D. J. (2002). *Conscience and Convenience. The Asylum and its Alternatives in Progressive America*. New York: Routledge.
- Salas, D. (2005). *La volonté de punir: essai sur le populisme pénal*. Paris: Hachette Littérature.
- Sebba, L. (2000). The Individualization of the Victim: From Positivism to Postmodernism. Dans A. Crawford, et J. Goodey, *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice* (pp. 55-76). Burlington: Dartmouth Publishing Company Limited.
- Sebba, L. (2009). 'Victim-Driven' Criminalisation? Some Recent Trends in the Expansion of the Criminal Law. Dans B. McSherry, A. Norrie, et S. Bronitt, *Regulating Deviance. The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law* (pp. 59-86). Portland: Hart Publishing.
- Seidl, D. (2005). *Organisational identity and self-transformation: An autopoietic perspective*. Routledge.
- Seidl, D. et Becker, K. H. (Eds.). (2005). *Niklas Luhmann and organization studies*. Malmö: Liber.

- Shapland, J., et Hall, M. (2010). Victims at court: necessary accessories or principal players at centre stage? Dans A. Bottoms, et J. V. Roberts, *Hearing the Victim: Adversarial Justice, Crime Victims and the State* (pp. 163-191). Portland: Willan Publishing.
- Sommers (2016). « The Three Rs : Retribution, Revenge and Reparation », *Springer*, Vol. 44, pp. 327-342.
- Sosoe, L. K. (2017). « Préface ». Dans L. K. Sosoe (Éd.), *Systèmes psychiques et systèmes sociaux*. Hildesheim: Georg Olms Verlag. pp. 7-18.
- Starkweather, D. A. (1992). « The Retributive Theory of 'Just Deserts' and Victim Participation in Plea Bargaining », *Indiana Law Journal*, Vol. 67, pp. 853-878.
- Stolzenberg, G. (1988). « Une enquête sur le fondement des mathématiques peut-elle nous apprendre quelque chose sur l'esprit? ». Dans : Watzlawick, P. (ed.), *L'invention de la réalité : Comment savons-nous ce que nous croyons savoir? Contributions au constructivisme*, Paris : Éditions du Seuil, pp. 277-327.
- Teubner, G. (1992). Pour une épistémologie constructiviste du droit. *Annales ESC*, novembre-décembre(6), pp. 1149-1169.
- Umaña, C. (2017). *Impunity: in the search of a socio-legal concept. Elucidations from a State Crime case study*. Thèse de doctorat, Ottawa : Université d'Ottawa.
- von Foerster, H. (1988). « La construction d'une réalité ». Dans P. Watzlawick, *L'invention de la réalité: comment savons-nous ce que nous croyons savoir? Contributions au constructivisme*, Paris: Éditions du Seuil, pp. 45-69
- von Hirsch, A. (1990). « The politics of "just deserts" ». *Canadian Journal of Criminology*, 32(3), 397-413.
- von Hirsch, A. (1992). « Proportionality in the Philosophy of Punishment ». *Crime and Justice*, Vol. 16, pp. 55-98.
- von Hirsch, A. (2009). « Proportionate Sentences : A Desert Perspective ». Dans : von Hirsch, A., A. Ashworth and J. V. Roberts (éds), *Principled sentencing. Reading on theory and policy*, Oregon: HART Publishing, 143.
- Waller, I. (1981). La criminalité au Canada et aux États-Unis: tendances et explications comparatives (1964-1978). *Criminologie*, 14(1), pp. 51-84.
- Wemmers, J.-A. (2003). *Introduction à la victimologie*. Montréal: Les Presses de l'Université de Montréal.
- Wemmers, J.-A. et collab. (2017). « Le dédommagement dans le contexte de la justice pénale », *Recherche en bref*.
- Xavier, J. R. (2012). *La réception de l'opinion publique par le système de droit criminel*. Ottawa: Université d'Ottawa.

Young, A. N. (2001). *Série de recherche sur les victimes d'actes criminels. Le rôle de la victime au sein du processus judiciaire : une analyse bibliographique – 1989 à 1999*. Ottawa : Ministère de la justice Canada.

Zauberman, R. (1985). Les victimes: études du crime ou sociologie du pénal? *L'Année Sociologique*, 35, 31-59.

Jurisprudence citées

R. v. Gabriel, 1999 O.J. 2579
R. v. Bullen, 2001 YKTC 504
R. c. Dufour, 2015 J.Q. 6385
R. v. J.W., 2016 O.J. 5178
R. c. Chav, 2011 QCCQ 10468
R. c. Blondin, 1995 J.Q. 2786
R. c. Gatambwe, 2013 QCCQ 5749
DPCP c. Tétrault-Hamel, 2015 QCCQ
R. c. Ramla, 2016 J.Q. 3070
R. c. Zelensky, 1978 2. R.C.S. 940
R. c. Tremblay, 1998 CanLii 9248 (QC CQ)
R. c. Charpentier, 2015 J.Q. 2897
R. c. Godin, 2016 J.Q. 8074
R. v. D.B., 2016 A.J. 92
R. c. McDonald, 2016 J.Q. 6642
McCraw c. R., 1991 3 R.C.S. 83d
R. c. Fréchette, 2016 JQ 1198
R. c. Martin, 2012 JQ 4819
R. c. Martel, 2016 JQ 11001
R. c. C.C., 2018 QCCQ 3610,
R. c. M.-L., 2018 QCCQ 1586
R. c. P.F., 2011 QCCQ2236
Paul c. R., 2012 QCCA 172
R. c. Landry, 2013 QCCQ 3013
R. v. J.S.M., 2016 N.S.J. 493
R. v. Millington, 2015 BCSC 1612 (CanLii)
R. c. P.F., 2011 QCCQ 2236
R. c. Belleau, 2010 QCCQ 3407
R. c. M.L., 2018 QCCQ 1586 (CanLII)
R. c. Belfoy, 2018 QCCQ 3025 (CanLII)
R. c. Alonso, 2012 QCCQ 7919 (CanLII)
R c Didier, 2005 CanLII 56812 (QC CQ)
R. c. Malmö-Levine, 2003 R.C.S. 694

R. c. Kapanga, 2015 QCCM 106 (CanLii)
R. c. C.C., 2018 QCCQ 3610
R. c. M.(C.A.), 1996 1 R.C.S. 500
R. v. Morgan, 2016 canlii 60965 (NLPC)
R. c. Guértin, 2016 QCCQ 11256
R. v. Nicholls, 2015 ONSC 8136
R. v. Mooswa, 2004 S.J. 851
R. c. Guay, 2005 CanLii 33319 (QCCQ)
R. v. H.V., 1998 O.J. 4694
R. c. Brutus, 2009 QCCA (CanLii)
R. c. Tessier, 2005 CanLii 15013 (QCCQ)
R. c. Chicoine, 1999 CanLii 10548 (QC CQ)
R. c. Michaud, 2009 QCCQ 5109 (CanLii)
Michaud c. R., 2010 QCCA 152
R. c. Perry, 2011 J.Q. 2709
R. c. Deschênes, 2012 J.Q. 12755
R. c. S.T., 2017 QCCQ 8801
R. c. M.S., 2005 NBBR 41 (Canlii)
R. c. A.R., 2004 J.Q. 10754
R. c. Proulx, 2000 1 R.C.S. 61
R. c. Leblanc, 2013 QCCS 753 (CanLii)
R. v. C.D.C., 2004 CanLii 19836 (NLPC)
R. v. J.L., 2015 BCPC 316 (CanLii)
R. c. Nadeau, 2009 QCCQ 1156 (CanLii)
R. v. J.F., 2001 O.J. 2054 (QL)
R. v. Cassidy, 2016 ONSC 3765 (CanLii)
R. v. Van Eindhoven, 2007 NUV CJ 02
R. c. Fitzgibbon, 1990 1 R.C.S. 1005
LSJPA-1631, 2016 QCCQ 9175
R. c. Cole-Smith, 2017 A.N.-B. 154
R. c. Simoneau, 2017 QCCA 1382
R. v. Denny, 2016 NSSC 76 (Canlii)
R. c. Jordan, 2016 1 S.C.R. 631
R. c. Courtemanche-Brisebois, 2006 QCCQ 12494 (CanLii)
R. c. Cedar, 2011 Canlii QCCQ 14965
R. v. J.C., 2011 MBPC 71 (CanLii)
R. c. M.G., 2010 J.Q. 525
R. c. M.G., 2009 QCCQ 12940 (Canlii)
R. c. E.F., 2016 JQ 5808
DPCP c. Girard-Lévesque, 2016 QCCQ 7602
R. c. Gignac, 2016 JQ 5767
R. c. Rancourt, 2016 JQ 11424
R. c. L.L., 2009 JQ 5952

R. c. Brouillette, [1988] J.Q. no 315
R. c. Turcotte, 2016 QCCS 112
R. c. Larendeau, 2007, QCCQ 1593 (canLii)
R. c. Regis-Fodé, 2015 QCCQ 8160 (CanLII)
R. c. Fortin, 2010 QCCQ 5727 (CanLII)
R. c. S.G., 2010 QCCQ 2651 (CanLII)
R. c. Benoit, 2010 QCCQ 1707 (CanLII)
R. c. Choukroun, 2017 QCCQ 1284 (CanLII)
R. c. Lacasse, 2015 QCCQ 1367 (CanLII)
R. c. Amelaine, 2018 QCCQ 8533 (CanLII)
R. c. Vernier, 2015 QCCQ 12899
R. c. Elfaf, 2007 QCCQ 17172 (Canlii)
R. v. Basil-Borutski, 2017 ONSC 89769 (CanLii)
R. c. Tremblay, 2010 QCCQ 2856 (Canlii)
Kubala c. R., 2017 QCCA 882, par. 13-14