uOttawa

L'Université canadienne
Canada's university

FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES ET POSTOCTORALES

uOttawa

L'Université canadienne
Canada's university

FACULTY OF GRADUATE AND POSDOCTORAL STUDIES

Mariana Possas
AUTEUR DE LA THÈSE / AUTHOR OF THESIS

Ph.d. (Criminologie)
GRADE / DEGREE

Département de criminologie
FACULTÉ, ÉCOLE, DÉPARTEMENT / FACULTY, SCHOOL, DEPARTMENT

Système d'idées et Création de Lois Criminelles: Le Cas de la Loi Contre la Torture au Brésil
TITRE DE LA THÈSE / TITLE OF THESIS

Alvaro Pires
DIRECTEUR (DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS SUPERVISOR

CO-DIRECTEUR (CO-DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS CO-SUPERVISOR

EXAMINATEURS (EXAMINATRICES) DE LA THÈSE / THESIS EXAMINERS

Anne-Marie Boisvert (Université de Montréal)

André Jodouin

Jean-François Cauchie

Richard Dubé

Gary W. Slater
Le Doyen de la Faculté des études supérieures et postdoctorales / Dean of the Faculty of Graduate and Postdoctoral Studies

uOttawa

L'Université canadienne
Canada's university

« SYSTÈME D'IDÉES ET CRÉATION DE LOIS CRIMINELLES : LE CAS DE LA LOI CONTRE LA TORTURE AU BRÉSIL »

MARIANA THORSTENSEN POSSAS
3578024

Thèse soumise à la Faculté des études supérieures et postdoctorales dans le cadre des exigences du programme de doctorat en criminologie

Département de criminologie
Faculté des sciences sociales
Université d'Ottawa

© Mariana T. Possas, Ottawa, Canada, 2009

Library and Archives Canada

Published Heritage Branch

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque et Archives Canada

Direction du Patrimoine de l'édition

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file Votre référence
ISBN: 978-0-494-61395-5
Our file Notre référence
ISBN: 978-0-494-61395-5

NOTICE:

The author has granted a non-exclusive license allowing Library and Archives Canada to reproduce, publish, archive, preserve, conserve, communicate to the public by telecommunication or on the Internet, loan, distribute and sell theses worldwide, for commercial or non-commercial purposes, in microform, paper, electronic and/or any other formats.

The author retains copyright ownership and moral rights in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

AVIS:

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque et Archives Canada de reproduire, publier, archiver, sauvegarder, conserver, transmettre au public par télécommunication ou par l'Internet, prêter, distribuer et vendre des thèses partout dans le monde, à des fins commerciales ou autres, sur support microforme, papier, électronique et/ou autres formats.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms may have been removed from this thesis.

While these forms may be included in the document page count, their removal does not represent any loss of content from the thesis.

Conformément à la loi canadienne sur la protection de la vie privée, quelques formulaires secondaires ont été enlevés de cette thèse.

Bien que ces formulaires aient inclus dans la pagination, il n'y aura aucun contenu manquant.

Canada

« Com os óculos via uma infinidade de detalhes insignificantes, por exemplo, certa janela, ou seja, tinha a consciência de vê-los, de escolhê-los no meio de todo o resto, enquanto antigamente os via e pronto »

(Italo Calvino – A aventura de um míope)

TABLE DES MATIÈRES

Liste des tableaux vi

Liste des figures viii

Résumé ix

Remerciements x

INTRODUCTION xi

CHAPITRE 1 – LA CRÉATION DE LOIS CRIMINELLES ET L'ACTUALISATION DE LA RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE PAR LE SYSTÈME POLITIQUE 1

1.1 Les outils conceptuels offerts par la théories des systèmes 2
1.1.1 Les systèmes communicationnels 3
1.1.2 Le système politique, le système de droit et le système de médias de masse 8
1.1.3 Le concept de norme et de création législative 16
(a) La distinction entre deux types d'expectatives : normatives/cognitives 16
(b) Quelques remarques sur la *procédure législative* 19
(c) Le statut de la législation produite par le Parlement 21

1.2 La théorie sur un système d'idées : la *rationalité pénale moderne* 23
1.2.1 Remarques préliminaires sur la construction de la théorie 23
1.2.2 La formation de la rationalité pénale moderne 26
1.2.3 Les hypothèses directrices proposées par la rationalité pénale moderne 29
1.2.4 La composition interne de la rationalité pénale moderne : les théories de la peine 31
(a) Les théories de la peine comme « théories de la réflexion » 33
(b) Les énoncés des théories de la peine 34
i. Théorie de la rétribution 35
ii. Théorie de la dissuasion 36
iii. Théorie de la réhabilitation 38
iv. Théories de la dénonciation 40
(c) Théories des moyens exclusivement négatifs 42
1.2.5. La rationalité pénale moderne et le système politique 43
1.2.6 Deux paradoxes soulevés par la théorie de la rationalité pénale moderne 49

1.3 Divergences et convergences avec les recherches sur la création des lois 53
1.3.1 Observations préliminaires d'ordre conceptuel 53
1.3.2 Les recherches sur le thème de la création des normes 56
(a) La recherche de Jerome Hall sur la création d'une norme par le tribunal 59
(b) Quelques recherches sur la création de la loi par le Parlement 62

i. La création de la loi contre l'ivresse au volant au Canada..... 64
ii. La création du Code criminel espagnol de 1995..... 66
iii. Les politiques pénales : la contribution d'Enguéléguélé..... 69
iv. Les changements législatifs au Code criminel canadien..... 72

CHAPITRE 2 - L'ÉTUDE DE CAS DE LA CRÉATION DE LA LOI CONTRE LA TORTURE AU BRÉSIL : QUESTIONS MÉTHODOLOGIQUES ... 76

2.1 L'approche qualitative..... 76

2.2 Les études de cas..... 82

2.3 Le cas de la création de la loi contre la torture au Brésil..... 85
2.3.1 L'échantillonnage ou la construction du corpus empirique..... 86
2.3.2 Les méthodes de cueillette des données..... 90
(a) Les documents 91
i. Médias 93
ii. Doctrine juridique 93
iii. Projets de loi 94
iv. Débats parlementaires 95
(b) Les entretiens..... 95
i. Politiciens 99
ii. Militants 100

2.4 La démarche analytique (documents et entretiens)..... 100
2.4.1 Présupposés de l'analyse..... 101
(a) Communication à la place du sujet..... 101
(b) Observation de deuxième ordre..... 103
2.4.2 Préparation des données et analyse..... 106

CHAPITRE 3 - LA CONSTRUCTION DU PROBLÈME DE LA CRIMINALISATION DE LA TORTURE 110

Ie PARTIE – LA LOI CONTRE LA TORTURE : MISE EN CONTEXTE..... 112

3.1 Le processus législatif au Brésil..... 112

3.2 La mise en forme de la loi pénale..... 115

3.3 Le cheminement de la loi contre la torture au Parlement..... 123

3.4 La loi 9455/97 : crimes et peines..... 139

IIe PARTIE – LA CONTRUCTION DU SENS DU PROBLÈME DE LA CRIMINALISATION DE LA TORTURE 149

3.5 Deux trames discursives sur la torture dans la société contemporaine..... 150

3.6 L'identification du problème et les formulations des explications..... 155
3.6.1 La dictature militaire et la torture politique..... 158
3.6.2 La violence policière et la torture des criminels ordinaires..... 162
3.6.3 Démocratie et torture..... 164

3.7 La sélection des solutions : l'incrimination..... 169

3.8 Les réactions à la loi ou « la chronique d'une déception annoncée »..... 178
3.8.1 Médias : l'insatisfaction à l'égard des effets de la loi..... 178
3.8.2 Doctrine juridique : les critiques venant du droit..... 186

IIIe PARTIE- LES PROJETS DE LOI CONTRE LA TORTURE ENTRE 1980 ET 2007 196

3.9 Les projets entre 1980-1996..... 196

3.10 Les projets entre 1997-2007..... 206

CHAPITRE 4 - LA PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE *VERSUS* LA PROTECTION DE LA SOCIÉTÉ : PROGRESSISTES ET CONSERVATEURS FACE À LA PUNITION DE LA TORTURE... 222

Ire PARTIE – LES CONSERVATEURS ET LES PROGRESSISTES FACE AUX PEINES..... 231

4.1 Conservateurs et progressistes face à la punition des crimes « ordinaires » 232

4.2 Conservateurs et progressistes face à la punition du crime de torture..... 245
4.2.1 Conservateurs et progressistes face au crime de torture..... 245
4.2.2 Conservateurs et progressistes face aux peines pour le crime de torture..... 249
4.2.3 Une observation externe de la distinction *conservateur /progressiste* quand elle se réfère aux peines..... 258
4.2.4 Les problèmes du discours progressiste..... 263

4.3 L'observation du problème par le politique..... 268

IIe PARTIE – LES PROGRESSISTES ET LES RÉPRESENTATIONS DES DROITS DE LA PERSONNE..... 272

4.4 Les « crimes de lèse-humanité »..... 273

4.5 Les constructions discursives reliant les droits de la personne et la punition..... 283
4.5.1 Les droits de la personne comme promotion (des théories) de la peine 285
(a) Les peines alternatives : tentatives d'échapper au système d'idées dominant..... 293
4.5.2 Les droits de la personne comme limite à l'impunité 300
4.5.3 Les droits de la personne comme facteur d'humanisation des peines de prison 303
4.5.4 Les droits de la personne et le droit criminel comme des espaces sémantiques distincts 304

4.6 Le paradoxe et les droits de la personne..... 307

CONCLUSION..... 312

BIBLIOGRAPHIE..... 326

ANNEXES..... 338

LISTE DES TABLEAUX

CHAPITRE I

Tableau 1.1 – Les systèmes sociaux..... 12

Tableau 1.2 – Le système de mass-média..... 16

CHAPITRE III

Tableau 3.1 – Comparaison des 3 versions du projet de loi contre la torture..... 133

Tableau 3.2 – Correspondance entre les comportements et les sanctions dans la loi 9455/97..... 144

Tableau 3.3 – Recherche sur l'utilisation de moyens violents..... 153

Tableau 3.4 – Morts causées par l'action de la police militaire dans l'État de São Paulo.. 163

Tableau 3.5 – Projets de loi présentés avant 1997..... 198

Tableau 3.6 – Projets de loi présentés après 1997..... 208

CHAPITRE IV

Tableau 4.1 – (Auto) portraits et idées-moyen..... 224

Tableau 4.2 – Idées-motivation et idées-moyen conservatrices et progressistes..... 226

Tableau 4.3 – (Auto) portraits, idées-motivation et idées-moyen conservateurs et progressistes..... 227

Tableau 4.4 – La distinction *conservateur/progressiste* à partir des *idées-moyen* sur les peines pour des crimes ordinaires »..... 242

Tableau 4.5 – La distinction *conservateur/progressiste* et la création de la loi contre la torture..... 248

Tableau 4.6 – Vraies peines/pseudo-peines pour la punition de la torture..... 253

Tableau 4.7 – Les deux discours des conservateurs 255

Tableau 4.8 – La distinction *conservateur/progressiste* à partir des positions sur les peines du crime de torture..... 256

Tableau 4.9 – Amendements suggérés au projet de loi 4716/94, au Sénat..... 260

Tableau 4.10 – Amendements proposés au projet n. 4716/94, à la Chambre des députés..... 262

Tableau 4.11 – Peines proposées dans les amendements par conservateurs et par progressistes..... 263

LISTE DES FIGURES

CHAPITRE I

Figure 1.1 – Les types de systèmes..... 5

Figure 1.2 – Théorie de la dissuasion..... 34

Figure 1.3 – L'utilisation des *théories modernes de la peine* par les deux systèmes de fonction 47

Figure 1.4 – Le concept de création des normes..... 56

CHAPITRE II

Figure 2.1 – Distinction d'objet..... 103

Figure 2.2 – Distinction par catégories opposées..... 104

CHAPITRE III

Figure 3.1 – Processus législatif..... 115

Figure 3.2 – Typologie des normes pénales..... 118

Figure 3.3 – Le couplage des normes pénales..... 145

Figure 3.4 – La criminalisation et la rationalité pénale moderne..... 173

CHAPITRE IV

Figure 4.1 – L'inconsistance du discours des progressistes quant aux peines..... 268

Figure 4.2 – La bouteille à mouches..... 297

RÉSUMÉ

Cette recherche porte sur une étude de cas, à savoir la création de la loi contre la torture au Brésil, processus achevé en 1997. L'intérêt que suscite ce processus vient de l'observation que le système politique, lors de la production de lois criminelles, actualise les mêmes idées sur les peines que celles actualisées par le système de justice criminelle. L'ensemble des ces idées va former, à partir du XVIIIe siècle, un « système » appelé par Alvaro Pires : la *rationalité pénale moderne*. Ce *système d'idées* communique, entre autres, une valorisation des peines d'exclusion sociale (prison) comme la seule réponse que l'État peut donner à certaines violations.

À partir des documents et des entretiens réalisés auprès des politiciens et des militants des droits de la personne, la recherche explore en détail les étapes de la création de la loi : d'abord, la présentation du projet de loi qui a mis en branle tout le processus législatif conduisant à l'adoption de la loi actuelle contre la torture; ensuite, les discussions sur ledit projet de loi dans les commissions thématiques tant à la Chambre des députés qu'au Sénat et, enfin, les amendements suggérés par les députés et les sénateurs ainsi que les débats parlementaires dans les sessions plénières des deux Chambres. La recherche se penche aussi sur les réactions des médias et de la doctrine juridique à l'égard de la décision de créer ladite loi et sur la façon dont ces réactions stimulent ou imposent des limites à la reproduction des idées de la « rationalité pénale moderne » par le système politique.

Il y a deux questions que cette recherche a explorées en particulier. La première concerne la définition de la position « politique » quant aux peines à partir de la distinction « conservateurs/progressistes » La deuxième a trait à la représentation par le système politique de la relation entre la sanction criminelle et la protection des droits de la personne. La recherche aborde les façons variées dont ce système conçoit le rôle du droit criminel et de la peine face aux droits de la personne et dans quel sens ces représentations peuvent « nourrir » la reproduction du même système répressif qui domine en Occident depuis presque deux siècles.

REMERCIEMENTS

Après toutes ces années de travail, je ne sais même pas quoi dire au professeur Alvaro Pires. Il est devenu une référence tellement importante pour moi que son influence dépasse largement le champ de la criminologie. Le professeur Pires est le modèle «d'intellectuel » que l'on souhaite un jour devenir. Ça a été un privilège énorme d'étudier avec lui, d'apprendre à faire de la recherche et surtout, avec lui, d'apprendre à valoriser et à aimer la connaissance. Et c'est avec lui aussi que j'ai appris qu'il faut toujours rester humble face à ce qu'on ne connaît pas très bien et être ainsi toujours prêt à apprendre. En plus, il m'a aidée à développer une des choses que j'apprécie le plus dans la vie: « observer ».

Je veux remercier les professeurs Fernando Acosta et Jean François Cauchie de mon Comité de thèse d'avoir su me défendre contre mon trop grand enthousiasme en me rappelant fréquemment que j'avais une thèse à finir. Ils m'ont toujours soutenue et encouragée, y compris dans les moments où j'avais la nette impression que jamais je n'allais arriver à la fin. Je peux dire que grâce à eux, j'y suis.

Je dirais que cette thèse a été, d'une certaine façon, écrite à plusieurs mains par toute l'équipe du Laboratoire de recherche en traditions juridiques et rationalité pénale, dirigé par le professeur Alvaro Pires. Tous les étudiants qui y sont passés au cours des six dernières années ont contribué, chacun à leur façon, à l'achèvement de cette thèse. J'ai trouvé auprès d'eux un support à la fois intellectuel et émotionnel, au point qu'ils en sont venus à constituer ma « petite famille » au Canada. Je voulais toutefois ici remercier tout particulièrement Mariana Raupp qui, à la toute fin, nous a aidées –ma thèse et moi – à nous rendre jusqu'au bout!

Je dois un gros merci aussi à Gerald Pelletier, non seulement pour m'avoir beaucoup aidée avec le français depuis le début de mon doctorat et m'avoir appris à aimer cette langue, mais aussi pour ses leçons quotidiennes de gaieté et de générosité.

Bien sûr, il faut rappeler que sans l'aide financière de la CAPES (Ministère de l'Éducation - Gouvernement du Brésil), tout cela n'aurait pu arriver. Je remercie donc très fortement cette agence pour m'avoir soutenue durant tant d'années au Canada.

À tous les interviewés, qui ont dédié leur temps à cette recherche, je dois un gros merci. Sans leur disponibilité, ce travail n'existerait pas. Je remercie spécialement Paulo Mesquita (*in memoriam*), avec qui j'aurais beaucoup aimé discuter des résultats de cette recherche.

Enfin, je veux remercier intensément mes parents, pour leur support inconditionnel à mon aventure au Canada. Ils symbolisent, chacun à leur façon, le levier d'amour et de stabilité qui m'a permis de me lancer, sans peur, dans le monde. Avec la certitude de pouvoir toujours, au besoin, retourner au nid.

INTRODUCTION

La loi contre la torture au Brésil a été conçue en 1997 pour combler une « lacune législative » à savoir l'inexistence d'un crime spécifique de torture. Ceci ne veut pas dire que la pratique de la torture était permise avant cette date : en effet, les cas de torture étaient alors punis à travers d'autres crimes, en l'occurrence les lésions corporelles, l'abus d'autorité, la contrainte illégale, les mauvais traitements, etc.

Dans les années 1990, après l'adhésion du Brésil à quelques conventions internationales contre la torture et l'émergence de certains cas médiatisés de violence policière, le débat sur la création d'une loi contre la torture a pris de plus en plus de vigueur. Ce débat, mené dans les médias, dans la doctrine juridique, dans les discours politiques et dans les mouvements sociaux, s'est traduit par la création d'une nouvelle loi qui conçoit la torture comme un crime autonome.

Le débat qui a pris place dans les systèmes juridique, politique et des médias durant les années antérieures à la promulgation de la loi s'est basé essentiellement sur trois points : (1) la torture constituait au Brésil une pratique courante, notamment dans les postes de police, où les accusés de crime était violemment battus par les policiers pour « collaborer » à l'investigation; (2) il n'y avait pas beaucoup de registres de condamnations « criminelles » pour lesdits cas de torture; (3) les peines disponibles (prévues pour des crimes de lésions corporelles, d'abus d'autorité, etc.) étaient considérées trop basses pour s'appliquer à ceux qui étaient reconnus coupables de la pratique de torture.

Il y a au Brésil plusieurs recherches qui tentent d'expliquer la persistance de la pratique de la torture (Pinheiro, Adorno et Cardia, 1999), ainsi que le problème de la non-application de la loi (ou de l'impunité des accusés) concernant les violations graves des droits de la personne (Adorno, 1996). Toutefois mon regard se tourne plutôt vers la troisième question mentionnée ci-dessus, qui concerne les peines ou, plus spécifiquement, les idées soutenues en ce qui a trait aux peines dans les communications du système politique.

Sur cette question des peines, ma réflexion n'est pas une analyse portant sur les conditions de l'exécution des peines ou sur leur utilité (ou inutilité) par rapport à la résolution d'un problème réel, comme celui de la torture; elle ne s'attarde pas non plus à étudier les conséquences sociales de la punition pour le condamné. Mon approche est plus « globale » ou « antérieure » à la détermination des peines spécifiques pour le crime de torture. Elle concerne plutôt l'analyse d'un « cadre cognitif » particulier qui fonctionne en arrière-plan des décisions (juridiques et politiques) relatives aux peines et qui nous empêche de voir autrement. Mon objectif est ainsi de voir comment certaines idées sur les peines, qui appartiennent à ce cadre, « rentrent » dans le système politique et comment elles vont influencer les décisions prises en la matière au Parlement.

En fait, j'aurais pu choisir un autre cas de création de loi criminelle pour observer le même phénomène. J'ai cependant sélectionné le cas de la loi contre la torture parce que, parmi d'autres raisons que j'expliciterai au moment opportun, il présente un défi particulier : celui de faire la critique de la pensée moderne sur les peines à partir d'une « situation-problème » spécialement abominable; en d'autres termes, la formulation d'un tel travail critique exige la maîtrise de ses émotions pour réussir à prendre une certaine distance de l'objet de recherche. Outre cela, le cas de la torture ouvre la voie à la compréhension d'au moins deux paradoxes qui me semblent à la fois importants et « intrigants ». L'un des paradoxes est lié à la distinction conservateurs/progressistes et l'autre concerne la relation que les communications qui ont pour thème les *droits de la personne* entretiennent avec les théories de la peine.

Ce « cadre cognitif » auquel j'ai fait référence est décrit par Alvaro Pires (1998, 2001, 2003) comme un *système d'idées* portant sur la sanction criminelle et qui projette un concept particulier de la peine, centré sur l'exclusion sociale et la souffrance : la *rationalité pénale moderne*. Pires indique que le noyau dur ou la structure de base de la rationalité pénale moderne se trouve dans les versions modernes des théories de la peine, (théorie de la dissuasion, théorie de la rétribution, théorie de la réhabilitation en prison et, plus tard, théorie de la dénonciation). Ces théories, en dépit de leurs différences internes, peuvent être observées comme un « système d'idées » parce qu'elles partagent certains présupposés qui concourent à leur donner une unité en tant que « système ». Au premier plan, la caractéristique la plus importante de toutes ces théories est qu'elles revendiquent l'*exclusion sociale* du condamné, qu'elles sont indifférentes à son inclusion.

Ce système d'idées joue un rôle très important dans une grande partie des choix en matière de peines, notamment en ce qui concerne les décisions du système juridique (les décisions des

tribunaux) et du système politique (création de lois criminelles). Je vais tenir pour acquis, en partant de la théorie de la rationalité pénale moderne de Pires, que ces deux systèmes de fonction actualisent le même système d'idées comme structure cognitive *dominante* (mais non la seule) pour réfléchir aux sanctions criminelles et justifier les décisions prises en la matière. La «survalorisation» des peines d'incarcération de longue durée est l'un des effets de l'actualisation de ce système dans les divers systèmes sociaux.

Pour ce qui est du système de droit criminel, la rationalité pénale moderne joue un rôle très central dans la mesure où elle fait aussi partie de son discours identitaire. C'est avec l'aide de ce système d'idées que le droit criminel va construire son identité, en se différenciant, par exemple, du droit civil. Pour ce qui est du système politique, la recherche de Pires est moins avancée, mais elle indique quand même que ce système d'idées y est présent. Cependant, il faut tenir compte que l'actualisation de la rationalité pénale moderne n'est pas du même ordre dans ces deux systèmes : dans le cas du système politique, elle est actualisée pour « appuyer » des décisions politiques concernant les peines, mais elle ne « fonde » pas le système lui-même, comme c'est le cas du système juridique pour qui les théories de la peine vont former son autoportrait identitaire.

Le résultat concret de l'actualisation de la rationalité pénale moderne par les décisions politiques est la promulgation de lois criminelles qui sont justifiées à l'aide des théories de la peine et, reproduisent, par exemple, la nécessité d'une peine d'exclusion sociale de longue durée. Au Brésil, au chapitre de la production législative en matière criminelle, les projets de lois visent pour la plupart autant à criminaliser un nouveau comportement avec une peine d'emprisonnement, qu'à aggraver des peines pour des crimes déjà existants. Il existe aussi des projets de loi dont le but est de supprimer des garanties procédurales, comme la limitation du cautionnement ou du droit à l'obtention de la grâce présidentielle, mais dans ces cas on serait plutôt dans le domaine du procès pénal. Je fais remarquer que je ne suis pas en train d'affirmer qu'il n'existe pas de lois allant à contre-courant et qui proposent un adoucissement de la sévérité du système de droit criminel. Je veux seulement souligner que celles-ci ne composent pas la majorité des projets de loi qui sont effectivement présentés ni même des lois qui sont promulguées.

Considérant que j'avais, depuis le début des mes études en criminologie, cet intérêt pour l'actualisation de la rationalité pénale moderne par le système politique, j'ai décidé d'explorer le problème à partir des opérations du système politique qui abordent le thème des peines : la création de lois criminelles par le Parlement. Je peux donc formuler les questions centrales de ma recherche:

comment la rationalité pénale est-elle actualisée par le système politique au moment de la création des lois pénales et quelles sont les conséquences de la sélection de ce système de pensée pour les décisions politiques concernant les peines? Plus précisément, mon intérêt porte sur l'observation de certaines idées (théories de la peine) dans l'élaboration politique des lois pénales.

Pour répondre à ces questions, j'ai choisi d'analyser le processus politique de création de la loi contre la torture au Brésil, ainsi que des articles des médias et de la doctrine juridique qui s'y rapportent.

Sur le plan méthodologique, j'ai réalisé une recherche qualitative, de type *étude de cas*. Cette recherche fait usage de l'échantillon de cas *unique* du type *événementiel*. Le fait d'être *unique* réfère donc à la singularité du cas (un processus spécifique de création d'une loi). Le type d'échantillon, quant à lui, renvoie aux caractéristiques du point d'ancrage empirique. Dans ma recherche, c'est le fait institutionnel « création de la loi contre la torture » qui est au centre de l'étude et qui permet de saisir les institutions en action (Pires, 1997: 137).

Mon corpus empirique se compose de documents écrits et d'entretiens qualitatifs menés auprès de politiciens impliqués dans la création de la loi et de militants préoccupés par la question de la torture. Parmi les documents se trouvent : les documents officiels du Parlement concernant l'élaboration de ladite loi (débats parlementaires, rapports des commissions parlementaires, projets de lois, etc.); des articles de journaux et de revues d'actualité et des articles de la doctrine juridique. De cette manière, je suis la tendance des recherches qualitatives qui consiste à diversifier les données, tant au niveau des sources qu'à celui des méthodes de cueillette.

Quant à l'importance de cette recherche pour les débats sur le thème de la punition, je dirais qu'elle se traduit par l'identification de certains problèmes, contradictions et « points aveugles » présents dans les positions sur les peines dans les communications politiques portant sur la création des lois criminelles. Cet exercice d'identification va permettre de visualiser comment les idées sur la sanction criminelle (théories de la peine) sont utilisées pour justifier les choix en matière de peines et les conséquences de cette utilisation dans la production du discours entourant la création législative.

Côté connaissance sociologique, la contribution de cette recherche peut être divisée en deux volets : le premier, de nature empirique, et le deuxième, plus théorique. Dans son *volet empirique*, cette étude vise (1) à décrire les communications politiques sur les peines ainsi que leurs paradoxes,

dans le cadre spécifique du processus de création des lois pénales, en l'occurrence de la loi contre la torture au Brésil et (2) à décrire empiriquement l'actualisation d'un système d'idées particulier (la *rationalité pénale moderne*) par le système politique, à travers les communications émises par des politiciens et par des militants des droits de la personne. Dans son volet *théorique*, les contributions de ce travail sont (1) d'approfondir la compréhension de l'actualisation de la rationalité pénale moderne par le système politique; (2) d'explorer les paradoxes soulevés par la théorie de la rationalité pénale moderne à partir des communications (et décisions) politiques relatives aux peines.

Cette thèse est divisée en quatre chapitres : un chapitre théorique, un chapitre portant sur la méthodologie de la recherche et deux chapitres analytiques (ou empiriques). Dans la conclusion de la thèse, je synthétise les deux idées les plus importantes qui ont émergé de l'analyse et je fais ensuite un résumé de toute ma démarche analytique.

Dans le premier chapitre, je présente mon cadre théorique. J'ai utilisé deux cadres théoriques dans ma thèse: la théorie de la rationalité pénale moderne d'Alvaro Pires et la théorie de systèmes de Niklas Luhmann. La première théorie fonctionne comme mon cadre de référence et la seconde, comme une « boîte à outils ». J'utilise quelques éléments de la théorie des systèmes comme toile de fond théorique ainsi que comme support pour développer mes réflexions. D'ailleurs, la théorie de la rationalité pénale moderne elle-même utilise de plus en plus les concepts de la théorie des systèmes pour mener ses analyses. Si je commence le premier chapitre avec la description de certaines notions de la théorie des systèmes, c'est pour indiquer aux lecteurs mes choix théoriques relatifs à certains concepts centraux de ma recherche. Je passe ensuite à la théorie de la rationalité pénale moderne. Dans un premier temps, je parle de sa formation, de ses énoncés ainsi que de sa composition interne (les théories modernes de la peine). Dans la troisième partie du chapitre, je fais une réflexion sur la littérature portant sur la question de la création de la loi et j'y explique pourquoi je me suis éloignée du type d'analyse qui y est normalement faite. J'ai choisi quelques travaux en particulier qui se rapprochent le plus de ma recherche pour mettre en relief quelques points de convergence et de divergence entre mon étude et les leurs.

Le deuxième chapitre a trait aux questions méthodologiques. Je fais d'abord quelques réflexions épistémologiques sur les choix opérés dans la recherche (le constructivisme à la place du réalisme; l'approche qualitative au lieu d'une approche quantitative). Je fais aussi quelques remarques sur la stratégie adoptée de l'*étude de cas* pour décrire ensuite mon univers empirique ainsi

que les méthodes de cueillette de données. À la fin du chapitre, je traite de ma démarche analytique et de quelques distinctions (de la théorie des systèmes) que j'ai utilisés pour entreprendre l'analyse.

Les troisième et quatrième chapitres sont les chapitres *analytiques* à proprement parler. Dans ces deux chapitres, je pars généralement des données pour faire des réflexions et pour établir des liens avec la théorie. Le chapitre trois est divisé en trois parties : (1) d'abord, je fournis des informations aux lecteurs sur le contexte d'émergence ainsi que sur le contenu spécifique de la loi (la description du crime et des peines); (2) ensuite, à partir de l'analyse des documents des médias (articles de journaux et revues d'actualité), des documents de la doctrine juridique (articles et livres de la doctrine pénale sur le thème de la torture) ainsi que quelques extraits des entretiens, je me suis lancée dans la « construction du problème de la criminalisation de la torture », c'est-à-dire sur la manière dont le thème de la pratique de la torture devient une demande de criminalisation du comportement; (3) l'analyse des documents législatifs, notamment les projets de loi présentés au Parlement avant et après la promulgation de la loi de 1997, occupe la dernière partie du chapitre. Cette partie introduit certains aspects du problème de l'actualisation des théories de la peine que j'ai développé davantage dans le chapitre suivant.

Le quatrième chapitre est plutôt réservé aux *entretiens*. Il est aussi séparé en trois parties: (1) dans un premier temps, j'aborde la distinction *conservateur/progressiste* employée dans les entretiens pour faire référence à des positions politiques sur les peines. J'analyse les différents emplois de cette distinction, notamment lorsqu'elle aborde la question des peines qu'elle veut indiquer; (2) deuxièmement, dans le contexte de l'utilisation de la distinction crime ordinaire/crime contre l'humanité, j'analyse les trames discursives construites par les interviewés à propos de la relation entre théories de la peine et droits de la personne; (3) enfin, j'identifie les paradoxes qui sont apparus dans les communications et la façon dont les interviewés vont se situer face au constat d'un discours à propos des peines qui semble « paradoxal » sur certains points.

CHAPITRE I

« LA CRÉATION DE LOIS CRIMINELLES ET L'ACTUALISATION DE LA RATIONALITÉ PÉNALE MODERNE PAR LE SYSTÈME POLITIQUE»

Dans ce chapitre, je veux exposer les deux cadres théoriques qui ont orienté mes observations dans cette recherche et visualiser les principaux points de divergence et de convergence entre la façon de voir adoptée par cette recherche et celles adoptées par la grande majorité des recherches sociologiques et criminologiques dans le champ de la « création de lois »[1]. Ces deux cadres théoriques sont la « théorie des systèmes sociaux » de Niklas Luhmann, qui est plus heuristique, et la théorie systémique d'Alvaro Pires portant sur un système d'idées formé par les théories de la peine et appelé la « rationalité pénale moderne » (dorénavant désignée aussi par le sigle RPM). Ce dernier cadre théorique a une portée beaucoup plus restreinte puisqu'il porte, comme je l'ai dit, sur un système d'idées particulier et sur les effets de ce système sur certaines opérations du système politique et particulièrement sur l'évolution des structures internes du système de droit criminel considéré comme un sous-système autonome du droit (j'y reviendrai).

Disons aussi, dès maintenant, que ces deux cadres théoriques se sont développés à l'origine de façon indépendante, mais ils se trouvent présentement emboîtés dans la mesure où Pires a progressivement entrepris une reconstruction de la théorie sur ce système d'idées à l'aide de la théorie des systèmes de Luhmann. Pour cette raison, et afin de faciliter la compréhension, je vais procéder comme suit. Tout d'abord, je vais présenter quelques éléments de la théorie des systèmes sociaux de Luhmann. Je vais retenir les éléments qui me paraissent les plus importants pour ma recherche. Ensuite, je vais présenter la théorie sur la « rationalité pénale moderne ». Cette théorie observe et décrit les « théories modernes de la peine » comme constituant un *système d'idées* qui stimule la reproduction « normale » du système de droit criminel et la reproduction normale du système politique en matière de décisions sur les peines. La théorie prétend ainsi que ce système d'idées, la RPM, constitue un obstacle cognitif (ou épistémologique) majeur à la transformation de certaines structures du système de droit criminel jouant un rôle clé dans sa non évolution et

[1] Nous reviendrons plus loin sur ce concept pour souligner, entre autres choses, la polysémie de cette expression.

également un obstacle cognitif à l'évolution de certaines structures internes du système politique en matière de peines.

Troisièmement, je présente l'état de la littérature sociologique et criminologique sur le problème de la « création de la loi », justement pour expliciter les différences entre la manière que je propose d'observer le problème (à l'aide des deux cadres théoriques mentionnés) et la manière dont la littérature aborde la question.

1.1 Les outils conceptuels offerts par la théorie des systèmes

La théorie des systèmes de Niklas Luhmann m'a servi comme « boîte à outils » dans cette recherche portant sur la création législative d'une loi criminelle contre la torture. Même si elle n'est pas tout le temps explicite dans le texte, la théorie des systèmes a fonctionné ici comme une des « lentilles théoriques » que je portais pour construire ma problématique, pour analyser mes données et pour m'aider à me replacer par rapport aux résultats et aux contributions des recherches précédentes. Pour cette raison j'ai décidé de la présenter en premier, afin de rendre plus visibles mes prémisses théoriques globales pour le lecteur. Comme je le disais, même la théorie sur la rationalité pénale moderne sera traitée (ou observée) dans ce cadre plus global (ou plus englobant) donné par la théorie des systèmes. De même, je compte justifier et mettre en contexte l'usage de certains concepts clés de la recherche, tels *système politique*, *système juridique*, *communication*, *irritation* et *couplage structurel*. Comme la théorie de Luhmann propose des manières non usuelles de décrire la société et les phénomènes sociaux, j'ai décidé d'en introduire brièvement certaines notions centrales pour ensuite présenter les concepts les plus importants pour cette recherche.

Un des points de départ de la théorie des systèmes consiste dans un renversement dans l'ordre de primauté théorique entre la catégorie « action » et la catégorie « communication » comme élément de base des systèmes sociaux (Luhmann, 1984; Stichweh, 2000; Moeller, 2006). En effet, la grande majorité des perspectives théoriques en sociologie privilégie, en premier lieu, la catégorie de l'action et seulement secondairement, celle de la communication. La théorie des systèmes fait l'inverse. Comme le souligne Moeller (2006 : 5), il y a ici une profonde dissociation avec la tradition dite « humaniste ». Ainsi, si je paie un repas dans une cafétéria sans échanger un seul mot avec le préposé à la caisse, ceci n'est pas décrit comme étant avant tout une « action », mais plutôt comme une forme de « communication » et une communication du système économique (Moeller, 2000 : 6-7). De même, les « pensées » du préposé et les miennes sont décrites par la théorie des systèmes

comme des opérations du système psychique et non comme des opérations des systèmes sociaux. Ceux-ci sont des systèmes de communication[2].

Autrement dit, pour observer les systèmes sociaux, Luhmann va privilégier l'observation des communications plutôt que l'observation des « actions ». De même, la catégorie des « acteurs » n'est plus au centre des explications et descriptions proposées par la théorie, ce qui ne signifie pas, comme nous le verrons, que les acteurs ont « perdu leur importance ». Dans ma recherche, donc, mon attention a été tout le temps portée sur les divers types de communications émises par les systèmes, notamment celles du système politique. Cette remarque est valide tant pour la manière de construire l'argument théorique que pour la manière dont j'ai lu mon corpus empirique. Ceci va produire une différence remarquable avec la grande majorité des recherches portant sur la création de lois criminelles. En effet, comme je vais l'illustrer ci-dessous (section III de ce chapitre), ces recherches sont opérationnalisées à partir des concepts d'action et d'acteurs et ont une tendance à expliquer les actions soit par un examen des (intentions des) acteurs (individuels ou collectifs) soit encore par une sorte de « causalité du contexte »[3]. Cette remarque sur l'importance attribuée à la communication dans ma recherche vaut autant pour la manière de construire mon argumentation théorique que pour la manière de présenter mes données d'observation.

Enfin, la théorie des systèmes m'a fourni aussi une série d'autres concepts centraux comme ceux de « système politique », de « système de droit », de « fermeture opérationnelle », de « couplage structurel », etc.

1.1.1 Les systèmes communicationnels

La façon dont cette théorie établit les contours de ce qu'elle appelle les *systèmes sociaux* s'est montrée utile pour élaborer une description créative des relations et des « échanges » entre ces deux systèmes : le système politique et le système de droit. Par conséquent, cette façon d'observer affecte aussi la façon de décrire les opérations du système politique. Ensuite, cette théorie, conjointement avec la théorie sur la rationalité pénale moderne, fournit des éléments pour réfléchir sur les rapports qui sont établis entre les différents systèmes et sur la façon dont des systèmes distincts (système politique et système du droit) peuvent partager des idées semblables concernant un sujet spécifique (les peines) sans pour autant compromettre leurs frontières ou leur « autonomie opérationnelle »[4].

[2] J'ai adapté ici l'exemple donné par Moeller (2000 : 5-7), mais l'idée centrale a été exprimée par lui.
[3] Sur ce point, voir particulièrement les remarques méthodologiques de Pires, Cellard et Pelletier (2001).
[4] Ce qualificatif d'autonomie « opérationnelle » a été proposé par Pires (2003c) pour réduire les malentendus autour du concept d'autonomie employé par la théorie des systèmes de Luhmann. Les systèmes sociaux ne sont

La distinction directrice de la théorie des systèmes est celle *système/environnement*. Cette distinction forme une unité qui est à la base de la théorie. Selon Luhmann, il est plus intéressant et utile de travailler la théorie à partir d'une distinction qu'à partir d'un concept indifférencié ou d'une « unité globale » comme, par exemple, dans le cas du concept de « société » où l'*individu* et la *société* se trouvent confondus ou compris l'un dans l'autre. Sa théorie reprend (et se développe à partir de) la consigne de Spencer Brown pour l'observation: « draw a distinction » (Luhmann, 1982: 4). Dans la distinction système/environnement, l'environnement est une partie constitutive de cette distinction centrale et donc non moins important pour le système que le système même (Luhmann, 1984: 212) comme certains interprètes le supposent.

Ainsi, au lieu de travailler avec la différence traditionnelle entre *tout* et *partie*, comme le font d'autres théories sociologiques ou des systèmes sociaux[5], Luhmann a choisi d'employer la différence entre *système* et *environnement* (Luhmann, 1984: 6) pour décrire la société. Dans cette distinction on voit représentée, d'une part, l'idée que chaque système se forme en se différenciant de son environnement et, d'autre part, l'idée que le sociologue doit indiquer ce qui se trouve dans l'environnement de la société et aussi comment la société se différencie elle-même de son environnement pour se constituer comme système: il n'existe pas de système sans environnement et vice-versa.

Ce processus de différenciation a lieu aussi à l'intérieur des systèmes eux-mêmes, qui vont à leur tour se différencier de leur environnement, donnant lieu à la formation de sous-systèmes. Ainsi, la différence *système/environnement* est continuellement employée à plusieurs niveaux de différenciation des systèmes, de sorte que d'autres sous-systèmes différenciés peuvent être continuellement formés et observés. Cela signifie qu'il y a différents systèmes sociaux dans la société, chacun se différenciant de leur environnement « interne » (autres systèmes sociaux) et de leur environnement externe (les systèmes biologiques, psychiques, etc.).

Au fur et à mesure qu'un système se différencie de son environnement et se forme en tant que système, il produit ses frontières. L'existence des frontières est une garantie que le système ne va pas se mélanger ou se fondre avec l'environnement, ce qui inclut les autres systèmes. Ainsi,

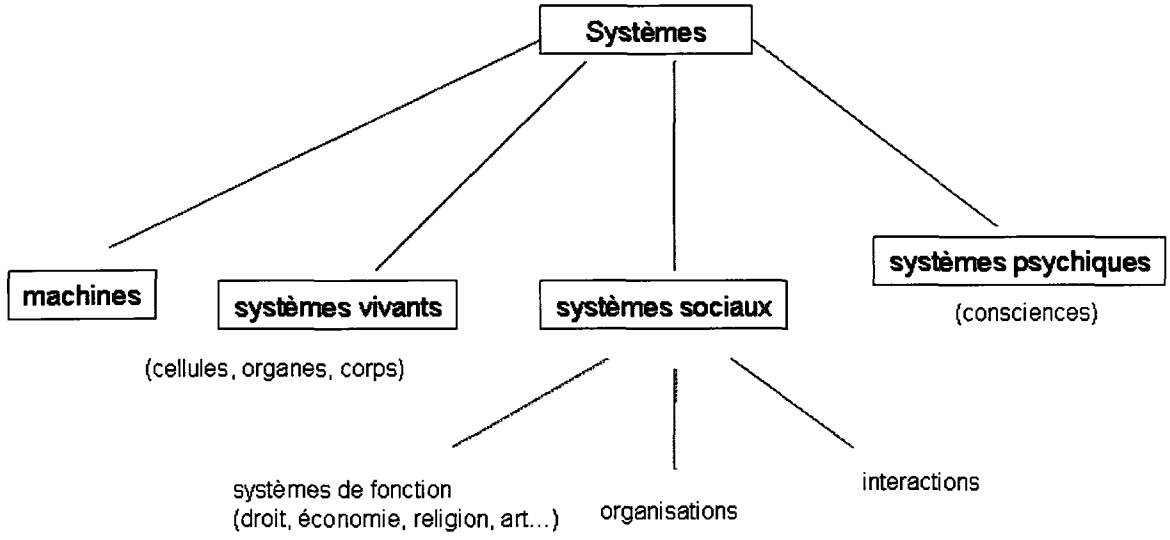
pas « cognitivement fermés » au contenu des communications des autres, mais restent opérationnellement autonomes par rapport à leurs « opérations de décision » et de « communication » : seulement le droit peut décider sur le droit et seulement le politique peut décider sur le politique.

[5] Sur l'abandon de cette distinction tout/partie, voir Moeller (2006, 24).

l'existence d'une frontière (qui, dans le cas des systèmes sociaux, n'est pas d'ordre physique) va garantir, par exemple, que le système politique reste système politique et qu'il n'est pas confondu avec le système de droit, avec le système des médias de masse, avec le système de la science, etc.

Luhmann (1984) présente une typologie non exhaustive (simplement indicative) de quatre types de systèmes: les machines, les organismes, les système psychiques (individus ou consciences) et les systèmes sociaux. Les organismes sont des corps vivants, des organes, des cellules, etc.; ce sont des *systèmes vivants* (« systems of life ») ou *systèmes biologiques*. Les individus sont des *systèmes psychiques* ou *systèmes de conscience* (ce qui inclut les pensées individuelles, les sentiments, les émotions, etc.). Le système psychique (ou la « conscience ») est alors l'environnement du système organique et vice-versa. Finalement, les systèmes sociaux sont des *systèmes de communication.* Parmi ces quatre types de systèmes, Luhmann (1984 : 3) soulève que les systèmes sociaux ainsi que les systèmes psychiques se distinguent de tous les autres par l'utilisation du *sens* ou du *significat* (« meaning »), c'est-à-dire qu'ils sont des systèmes *producteurs de sens*.

Figure 1.1
Les types de systèmes



Source : Luhmann, 1984 : 2, modifié, c'est moi qui traduis

D'après cette distinction, les individus se trouvent en dehors (ou dans l'environnement) des systèmes sociaux et conséquemment de la société. Pour Luhmann, la société est justement un type de

système social qui comprend tous les sous-systèmes sociaux (systèmes de fonction, organisations et interactions) : «society is the all-encompassing social system » (Luhmann, 1984 : 408). Et à la place des individus ou des êtres humains, comme le soutenait la tradition humaniste européenne, ce sont les *communications* qui constituent l'élément de base de la société.

Insistons sur le fait que, pour la théorie, tous les systèmes vont se distinguer de leur environnement, mais ils vont aussi dépendre d'eux. Prenons le cas de la communication : elle nécessite des systèmes vivants (organismes) ainsi que des systèmes psychiques pour exister, mais elle ne se confond pas avec eux. Les individus, du point de vue tant de leur corps que de leur conscience sont ainsi une *condition de possibilité* de la communication (ou des systèmes sociaux), mais ils ne font pas « partie » de la société. Les individus alors ne sont pas des « éléments constitutifs de la société », mais des « conditions de possibilité » de la société. Comme l'écrit Moeller (2006 : 6) en paraphrasant Luhmann, pour la théorie des systèmes les individus ne peuvent pas communiquer : « seulement les communications peuvent communiquer ».

Ici il vaut bien soulever une remarque déjà faite pour réduire les risques de malentendus. Lorsque Luhmann affirme que les individus, ou les systèmes psychiques, ne font pas partie de la société ou que ce sont les communications qui constituent l'élément de base des systèmes sociaux, ceci ne veut absolument pas dire que pour la théorie des systèmes les individus sont peu importants ou peu valorisés : « it does not mean that the human being is estimated as less important than traditionally. Anyone who thinks so has not understood the paradigm change in systems theory" (Luhmann, 1984: 212). Cette affirmation veut uniquement dire que la théorie va regarder les êtres humains à partir d'une perspective différente de celle traditionnellement utilisée par la sociologie et par la tradition humaniste (Luhmann, 1984 : 210).

Pour ce qui est des systèmes sociaux, Luhmann va dire qu'ils peuvent prendre plusieurs formes. Les trois types les plus pertinents pour mon travail sont les systèmes d'interaction, les systèmes d'organisation et les systèmes de fonction (l'économie, la politique, le droit, la science, l'éducation, etc.). Selon la théorie, la société moderne se caractérise avant tout, mais non exclusivement, par une *différenciation fonctionnelle*, c'est-à-dire par une différenciation des systèmes de fonction. Chacun de ces sous-systèmes de fonction va se différencier de son environnement (le restant de la société) et établir ses propres frontières pour devenir un système autonome qui exécute une (et seulement une) des *fonctions* de la société. Le droit aura une fonction directrice, la science une autre, etc.

Ces systèmes de fonction se forment et développent leurs « identités »[6] usuellement à l'aide d'un *code binaire* et de *programmes* qu'ils mettent en place. Si la communication est l'élément constitutif de la société, pour garantir la constitution (et les frontières) de chaque système social, il est fondamental (pour l'observateur et pour le système) d'établir le critère qui permettra d'opérer une sélection parmi toutes les communications et de discerner laquelle appartient au système et laquelle lui est étrangère (Garcia Amado, 1989 :21). Par exemple, le système de droit doit pouvoir discerner entre ses propres communications et celles du système politique (et vice-versa). C'est ici que l'on voit bien le rôle du *code binaire qui* va établir une règle d'attribution et de connexion aux communications (Luhmann et DeGiorgi, 1992 : 1429).

S'il s'agit, par exemple, d'une communication où on peut appliquer le code «conforme au droit/non conforme au droit» (ou licite/illicite)[7], on va la caractériser comme étant une communication du système juridique. Si, dans un autre cas, le code plus approprié est «gouvernement/gouvernés», ou encore «gouvernement/opposition», on sera alors dans le système politique. Dans ce sens, chaque système doit pouvoir distinguer sa propre communication des communications des autres systèmes. Et un observateur externe doit pouvoir le faire aussi.

Il faut toujours se souvenir que le *code* n'est ni un critère normatif ni un critère imposé de l'extérieur au système; au contraire, le code est une structure *interne* du système, créé par lui-même pour organiser ses communications et, ainsi, garder sa propre autonomie et son identité. Les *programmes* vont, à leur tour, présenter les paramètres, donner les critères pour appliquer les codes aux cas concrets, etc. Dans le cas du droit, par exemple, ce sont les programmes, sous la forme de lois, de jurisprudence, etc., qui vont préciser ce qui est concrètement licite ou illicite, ou encore « ce qui est droit » et « ce qui est contraire au droit ».

Cependant, pour ce qui est de la différenciation du système, ce sont la *fonction* et le *code* qui jouent les rôles cruciaux. Ce sont eux qui vont effectivement aider à distinguer le système de son environnement et, conséquemment, aider à sa «fermeture opérationnelle». Quand la théorie des systèmes affirme que les systèmes sont «fermés», cela implique tout simplement que toutes les

[6] Attention de ne pas confondre l'identité d'un système, par exemple, « système de droit », avec les divers autoportraits identitaires que ces systèmes peuvent développer au cours de leur évolution. Les visions identitaires peuvent changer tout en conservant l'identité du système.
[7] En allemand, l'expression employée par Luhmann, qui est très difficile à rendre en anglais ou en français, est « *rechet/unrechet* » (littéralement : *droit/non-droit* »).

opérations du système ne peuvent être accomplies que par le système même, c'est-à-dire produites et reproduites à l'intérieur du système, à partir de ses propres paramètres. Cela ne veut pas dire que les systèmes sont isolés empiriquement de leur environnement ni que les influences ou les pressions n'existent pas. Au contraire, ils gardent toujours une importante relation avec l'extérieur, mais cette relation et tout ce qui vient avec elle (les perturbations, les surprises, les informations externes) sont toujours gérés à partir des opérations internes du système. Dans les mots de Luhmann, les opérations qui vont produire la combinaison des références internes et externes sont toujours des opérations internes du système. «Nothing else is meant by closure» (Luhmann et DeGiorgi, 1992 : 1431).

1.1.2 Le système politique, le système de droit et le système des médias de masse

La théorie des systèmes décrit la création de la loi (législation) *par le gouvernement* comme un phénomène *opérationnellement fermé* (bien que cognitivement ouvert) du système politique. Cela ne nie pas que le gouvernement puisse, bien sûr, « capter des éléments d'information » produits par d'autres systèmes, « écouter les points de vue (divergents) des (divers) mouvements sociaux », « subir des pressions des différentes orientations », etc. Et cela ne signifie pas non plus que les « connaissances du droit » ne soient pas intégrées ou prises en compte lors des travaux au Parlement menant à la création d'une loi. Le processus politique de création d'une loi *stimule* aussi (ou peut stimuler) des opérations *simultanées* du système de droit qui va exprimer le point de vue du droit sur ce projet, etc. Inversement, le système de droit peut également, par une sorte d'effet externe d'une de ses décisions juridiques, stimuler des opérations de création de la législation par le système politique. Par exemple, si le système de droit « acquitte un accusé » dans un cas médiatisé, invalide une loi, etc., cela peut stimuler des opérations du système politique visant à créer une nouvelle loi.

Bref, la création d'une nouvelle loi signifie l'achèvement d'un processus formé par plusieurs opérations politiques, comme la présentation des projets de loi, les débats parlementaires, les discussions dans les commissions, le vote, etc. Parallèlement, ce processus déclenche – ou peut déclencher – aussi des opérations juridiques, dans la mesure où le système de droit anticipe la possibilité d'une modification dans un de ses programmes ou la création d'une nouvelle norme pour le droit. Ainsi, la création politique d'une loi peut stimuler des communications du système juridique concernant sa « mise en forme technique », pour exprimer une évaluation anticipée de sa constitutionnalité ou de ses effets sur d'autres normes du système, etc.

Cependant, il reste une question empiriquement ouverte : celle de savoir comment cette nouvelle loi sera effectivement *reçue* par le système de droit une fois créée par le système politique.

Bien que l'on puisse faire des prédictions, on ne peut pas savoir d'avance ce qui arrivera dans l'avenir. En ce sens le « droit participe à la création de la loi ». Cette façon de dire est *imprécise* parce que le droit ne peut pas « prendre place », *au sens opérationnel*, dans les communications politiques, de la même façon que je ne peux pas « prendre place » (ou participer) dans les opérations mentales d'un autre système psychique. Disons que seul le système politique peut communiquer politiquement.

Sur ce point, il y aura une différence marquante – comme nous le verrons ci-dessous (troisième section de ce chapitre) – entre, d'une part, la manière de décrire le processus de création de la législation par les recherches inspirées de la théorie des systèmes et, d'autre part, la manière de décrire inspirée d'autres théories sociologiques. Celles-ci ont tendance à observer les diverses communications « coprésentes» lors de la création d'une loi comme relevant en quelque sorte d'*un seul et même processus* (celui de la création d'une loi). Unifiés de cette façon, plusieurs systèmes de communication peuvent être décrits comme « participant » à la création d'une loi en particulier. Pour la théorie des systèmes, il y a, au contraire, une *multiplicité* de processus *de communication opérationnellement autonomes* couplés entre eux.

Certes, il n'y a pas une véritable « opposition factuelle » entre les recherches issues de la théorie des systèmes et les autres, mais ces deux groupes *ne construisent pas leurs observations de la même façon*. Les deux groupes « voient » que des individus investis d'un ou de plusieurs rôles sociaux (députés, juristes, médecins, ingénieurs, etc.) activent les communications lors d'un projet de création de la législation. Cependant, ces deux groupes de recherche ne décrivent pas pour autant, globalement parlant, la création législative de la même façon. Or, dans le cadre de cette recherche, une description soignée à la fois de l'autonomie opérationnelle et des relations entre ces deux systèmes – politique et de droit – est importante, car ce que je veux souligner est justement le fait que ces deux systèmes actualisent, chacun à leur façon, un même système d'idées portant sur les peines : la rationalité pénale moderne.

Pour l'instant, il est important de bien caractériser ces deux systèmes (politique et droit), leurs limites et leurs conditions d'échange lorsqu'il s'agit de la production législative. Tout d'abord je vais rapidement rappeler les remarques de Luhmann lorsqu'il s'agit de différencier ces deux systèmes. Historiquement, on témoigne d'une certaine difficulté pour distinguer ces systèmes comme des « réalités » distinctes. La relative proximité des deux systèmes à plusieurs égards, y compris celui de la fabrication de la législation, a contribué à l'effet « unifiant » de l'observation. En effet, du point de vue de la politique, le droit a été très souvent observé comme la mise en application de la

politique. Par ailleurs, l'influence de la politique sur le droit a été vue par le droit comme une sorte d'*input* du droit sur lui-même (Luhmann, 1989 :141).

Pires (2007) va réitérer ce point en soulignant qu' « encore aujourd'hui l'observation du *droit* comme distinct du *politique* est un problème majeur en sciences sociales ». En reprenant les remarques de Vullierme, Pires souligne que « les descriptions [...] du droit ont souvent pour effet, sinon toujours pour projet, de le réduire à un épiphénomène de la dynamique politique et [...] de faire de lui une expression « idéologique » du pouvoir [...] ou un instrument de l'action ordonnatrice de l'État » (Vullierme, 1989 : 325, cité par Pires, 2007).

Comme je le disais ci-dessus, les systèmes sociaux peuvent être de trois sortes : systèmes de fonction, organisations et interactions. Les « interactions » peuvent arriver à l'extérieur des systèmes de fonction » (Moeller, 2006: 30). Par exemple, comme « une conversation casuelle dans l'ascenseur qui commence et termine avec la présence physique » (*ibidem*). Les systèmes politique et juridique sont des systèmes de *fonction*, c'est-à-dire que l'on peut attribuer une fonction à chacun des ces systèmes qui, à côté les codes, vont servir comme filtre à la sélection des communications qui vont intégrer ce système. Les codes sont toujours binaires et sont structurés à partir d'une opposition. Cette sélection des communications est ce qui va donner origine à la « membrane » communicationnelle du système (Moeller, 2006 : 24) c'est à dire à sa frontière.

Dans le cas du système de droit, par exemple, il opère sur la base du code *légal/illégal*. Ceci veut dire que c'est à partir de cette distinction que le système va sélectionner les communications juridiques. Évidemment, la distinction n'indique pas spécifiquement ce qui est légal ou non : pour cette finalité les systèmes développent des *programmes* qui vont justement donner le contenu, ou la « chair », aux distinctions qui caractérisent les codes. Pour ce qui est du système juridique, les programmes prennent la forme de lois, de constitutions, de normes, de principes. Ainsi pour donner de la substance au code, c'est-à-dire pour savoir exactement ce qui va être observé comme légal ou illégal à un moment donné, il faut se référer à ces programmes.

À côté des codes et des programmes les systèmes développent aussi leurs *fonctions* sociales propres. Les fonctions aident aussi à établir ou à définir les frontières des systèmes. Dans le cas du système juridique, sa fonction est la *stabilisation des expectatives normatives,* ou pour reprendre les

mots de Moeller (2006 : 29), « l'élimination de la contingence des expectatives normatives »[8]. Les fonctions des systèmes, avec les codes, vont nous aider à identifier les communications qui appartiennent à chaque système et à mieux visualiser les ensembles de chaque système.

Pour ce qui est du système politique, son code binaire est *gouvernement/opposition* et/ou *gouvernement/gouvernés*. Sa fonction sociale est de *rendre possibles des prises de décisions collectivement engageantes.* Autrement dit, le système politique doit présenter des conditions nécessaires pour la prise de décisions qui sont, à leur tour, suffisamment influentes pour restructurer les expectatives de ceux qui sont affectés par la décision, ainsi que devenir la référence pour les comportements futurs (Luhmann, 1971 : 145). Et quant aux programmes du système politique, ils peuvent être trouvés dans les programmes des partis politiques, ainsi que dans les idéologies et les positions politiques, dans les prises de décisions politiques, etc.

Une autre caractéristique des systèmes de fonction est qu'ils ont développé des « artefacts » communicationnels beaucoup plus efficaces par exemple que le langage (Moeller, 2006 : 26). Luhmann appelle ces artefacts *des médias de communication généralisées.* Ces médias augmentent les probabilités de succès de la continuation de la communication. Baraldi, Corsi et Sposito (1997) les définissent comme « specific structures that secure the likelihood of communicative success because they transform the unlikelihood that Alter's selection is accepted by Ego into likelihood » (cité dans Moeller, 2006: 27). Ainsi, par exemple, *l'argent,* le médium du système *économique*, rend beaucoup plus probable une opération économique, tel un achat. Comme le dit Luhmann (cité dans Moeller), ces *médias* des systèmes de fonction « transforment miraculeusement la probabilité d'un *non* (« *a no-likelihood* ») en la probabilité d'un *oui* (« *a yes-likelihood* »), par exemple, en rendant possible d'offrir un paiement pour les biens et services qu'une personne veut avoir ». Le langage tout simplement ne semble pas, dans le cas des communications économiques, un médium suffisant ou du moins suffisamment efficace.

Pour le système de droit, le médium symboliquement généralisé est la « juridiction », tandis que le système politique l'a développé sous la forme du *pouvoir*. Pensons à ce dernier cas : les communications politiques, dont la fonction ultime est de prendre des décisions collectivement engageantes, « roulent » plus aisément si elles sont coordonnées par le *médium* pouvoir. Autrement dit, une décision du gouvernement (ego) va être plus facilement acceptée par l'opposition ou par les

[8] Il existe dans la littérature différentes manières d'exprimer cette fonction qui varie aussi en fonction de la datation des travaux de Luhmann. J'ai adopté ici la formulation proposée par Moeller (2006).

gouvernés (alter) lorsque cette communication est reconnue comme relevant de quelqu'un qui détient du pouvoir (politique).

Dans le tableau suivant, j'ai indiqué les fonctions, les codes, ainsi que le médium de communication symboliquement généralisé de certains systèmes de fonction (droit, politique, science, religion et économie).

Tableau 1.1
Les systèmes sociaux

Systèmes	Fonction	Code	Programme	Médium
Droit	Stabilisation des expectatives normatives	Légal/illégal	Lois, constitutions, etc.	Juridiction
Politique	Viabilisation des décisions collectivement engageantes	Gouvernement/gouvernés Gouvernement/opposition	Programmes des partis politiques, idéologies, etc.	Pouvoir
Science	Production de la connaissance	Vrai/faux	Théories, méthodes, etc.	Vérité scientifique
Religion	Élimination de la contingence	Immanent/transcendant	Saintes Écritures, dogmes religieux, etc.	Foi
Économie	Réduction des ressources faibles	Paiement/non-paiement	Budgets	Argent

Toutes ces caractéristiques participent à la différenciation des systèmes de leur environnement de sorte à pouvoir garantir leur fermeture opérationnelle et ainsi leur identité en tant que système différencié. Du point de vue de la recherche empirique, elles peuvent être très utiles pour aider le chercheur à identifier l'appartenance des communications en ce qui concerne les systèmes de fonction et, dans cette recherche spécifique, pour identifier les communications politiques, en les distinguant de celles qui sont juridiques ou d'un autre système quelconque.

Pour ce qui est du système politique, je voudrais faire encore quelques remarques par rapport à ses caractéristiques structurelles, qui vont être d'ailleurs utiles pour réfléchir et qualifier mon matériel empirique. Le système politique s'est fonctionnellement différencié en trois sous-systèmes : l'*administration*, la *politique* (stricto sensu) et le *public*. (King et Thornhill, 2003 : 87)

La *politique* (stricto sensu) représente les grands plans politiques, les orientations générales qui doivent orienter l'administration. C'est plutôt ici que vont apparaître les idéologies politiques et les différentes tendances politiques. On observe ce type de communication dans les discussions qui ont lieu à l'intérieur des partis politiques ainsi que dans les décisions prises par les partis, dans des échanges entre politiciens et membres de l'Exécutif, etc. Les partis politiques sont ainsi des organisations propres à ce sous-système.

L'*administration* s'est spécialisée dans la formulation des décisions engageantes d'après des critères politiques préalablement décidés. Or, ce n'est pas l'administration qui va effectivement « faire » la loi ou « prendre des décisions » autour de questions politiques importantes: elle va plutôt « préparer » ces décisions ou ces « lois », les « mettre en forme », de sorte à transmettre les idées ou les priorités émanant de la *politique* (stricto sensu) (King and Thorhill, 2003 : 89). Le Parlement est un exemple d'organisation qui appartient à ce sous-système; le gouvernement élu au suffrage, par exemple, est aussi considéré ici comme faisant partie de l'administration (Ibid, 2003 : 123).

Le *public* est celui à qui s'adressent les décisions politiques prises par l'*administration* à partir des critères de la *politique* (stricto sensu). Il intègre le système politique à partir de plusieurs « chaînes de communications » (Luhmann, 1971 : 154): en payant des impôts, en proposant de nouvelles lois ou des règlements, en votant, en appuyant des groupes d'intérêt, etc. Le public se différencie des deux autres sous-systèmes par son accès limité à certains sujets spécifiques : on ne peut voter que dans certaines situations, sur des sujet très spécifiques, etc.

Dans des travaux plus tardifs, Luhmann (1997) va traiter des *mouvements sociaux* comme un type différent de système social qui ne se confond pas avec les systèmes de fonction, ni avec les organisations, ni avec les interactions (Luhmann, 1977 : 674-675). Ils peuvent être ou non liés à une organisation spécifique, mais l'organisation ne détermine pas l'existence du mouvement social : ce qui lui donne une unité est le militantisme, la protestation autour d'un thème. On peut penser au mouvement féministe ou au mouvement écologique (Luhmann, 1997 : 674).

Les mouvements sociaux se caractérisent par une « mobilisation de la société contre la société » (Luhmann, 1997 :672). Autrement dit, il s'agit d'attirer l'attention sur certains problèmes pour les systèmes de fonction. La théorie des systèmes indique donc que la fonction des mouvements sociaux consiste à « alarmer/alerter la société » (Lachambre, 2005 : 52).

Les communications des mouvements sociaux s'adressent normalement au *système politique*[9], dans le sens qu'elles cherchent à influencer les décisions politiques et ce, « non à partir des voies normales » (Luhmann, 1997 : 676). Les mouvements exigent de leurs destinataires plus qu'un effort pour reconnaître le problème, ils s'attendent en effet à une réaction (Luhmann, 1997 : 677), voire à des prises de décision visant à régler le problème.

À partir de ce cadre théorique, on peut dire que les communications des militants des droits de la personne qui apparaissent dans ma recherche, spécifiquement dans les entretiens ou dans des articles des médias, sont des communications du « mouvement social pour les droits de la personne et contre la torture ». Étant donné que leur demande est la création d'une loi par le Parlement, on peut donc dire que ces communications sont destinées au système (de fonction) politique, autrement dit, ce sont des « communications *politically oriented* ». (*Ibidem*)

À côté des thèmes plus traditionnels de la sociologie, comme le droit, la politique ou l'économie, Moeller souligne (2006 : 122) que Luhmann a aussi travaillé sur des sujets plus « modernes », tel le système social des médias de masse. Ceci fut l'un des derniers systèmes « découverts » par Luhmann et qui connut une période d'explosion durant le XXe siècle en raison des développements technologiques (radio, télévision, ordinateurs, etc.) (*ibidem*). D'après la théorie des systèmes, le média de masse est un système de fonction ainsi que la politique ou le droit et donc qui détient toutes les caractéristiques propres à ces systèmes : une fonction sociale, un code, des programmes et un médium généralisé de communication.

Pour cette recherche, mon intérêt dans le système des médias n'est pas du même type que pour les systèmes politique et juridique. Dans le cas des médias, son importance pour moi réside dans le fait que le thème de la création de la loi, spécifiquement de la loi contre la torture au Brésil, a eu résonance dans ce système, c'est-à-dire qu'il a émis des communications à cet égard et j'ai pu en observer un certain nombre. Empiriquement, mon objectif était d'observer le contenu de ces communications et de les comparer avec celui des communications des autres systèmes (politique et juridique). Bien entendu, cette observation a toujours pris en compte qu'il s'agissait de communications émanant de différentes « réalités » systémiques.

Le système des médias de masse, en tant que système opérationnellement fermé, doit aussi avoir un *code*, sinon le système ne peut pas se différencier de son environnement et établir sa propre

[9] Luhmann (1997 : 677) mentionne aussi les mouvements sociaux (religieux) adressés au système de la religion.

frontière (Moeller, 2006 :125). Pour ce qui est du système des médias de masse, Luhmann identifie le code *information/non-information*. On peut dire que ce système est centré sur la sélection de l'information : ce qu'il considère comme étant de l'« information », il va le sélectionner et le transmettre soit au moyen de la presse écrite ou télévisée, soit de l'Internet ou de n'importe quel autre moyen de diffusion de l'information).

Comme pour tous les autres systèmes de fonction, il faut des programmes pour appliquer le code information/non-information. Autrement dit, il faut des « champs de sélection » (Luhmann, 1996) où l'information peut apparaître effectivement en tant qu'information. Le système des médias de masse peut être divisé en trois types de programmes (*program strands*): les nouvelles (et les documentaires), les publicités et les programmes de divertissements (*entertainment*). Les trois champs de sélection (ou types de programme) utilisent bien entendu le même code; ils comptent néanmoins sur des critères distincts pour sélectionner l'information.

La fonction du système des médias de masse est, d'après Luhmann, une question assez complexe, vu que chacun des « champs de sélection » mentionnés (nouvelles, publicités et divertissements) peuvent avoir des sous-fonctions différentes. Toutefois, il établit comme la fonction générale du système : *mettre une mémoire universelle à la disposition de la société*. L'expression *mémoire* ici signifie la familiarité avec un thème et sa variation constante. La mémoire, ce n'est donc pas une « connaissance » stable, mais au contraire une production dynamique et constante de l'actualité ou, autrement dit, la production des «autodescriptions» de la réalité sociale (Moeller, 2006 : 135). On peut ainsi dire aussi que la fonction du système des médias est la production pour la société d'une forme spécifique de réalité.

Finalement, le médium symbolique généralisé que le système produit est l'*opinion publique*. Luhmann ne présuppose pas, avec ce concept, un consensus sur un thème quelconque, mais plutôt un ensemble de données qui n'expriment pas nécessairement une opinion partagée. Autrement dit, l'opinion publique n'est pas la somme de l'expression des systèmes psychiques; c'est le produit communicatif du système des médias, le médium de l'«autodescription» de la société moderne.

Une autre ligne peut être ainsi ajoutée au tableau 1.1 ci-dessus:

Tableau 1.2
Le système de mass-média

Systèmes	Fonction	Code	Programme	Médium
Médias de masse	Mettre une mémoire universelle à la disposition de la société	Information/ non-information	Champs de sélection (nouvelles, publicités, divertissements)	Opinion publique

1.1.3 Les concepts de norme et de création législative

(a) *La distinction entre deux types d'expectatives :* normatives/cognitives

La théorie des systèmes adopte et développe une distinction entre deux types d'expectatives de comportement, distinction qui a été mise en place par la perspective interactionniste nord-américaine (Galtung, 1959). Cette distinction me paraît particulièrement utile pour nous aider à comprendre les mécanismes élémentaires de la création législative. Il s'agit de la distinction entre les expectatives *cognitives* et *normatives* (Luhmann, 1972). C'est à partir de cette distinction que le concept de *norme* sera défini par Luhmann.

Dans un monde de plus en plus complexe et contingent, le risque de déception face aux expectatives qu'on garde par rapport aux comportements des autres est grandissant. Ce risque pourrait se traduire par des tensions énormes et des problèmes d'orientations en ce qui concerne les réactions des gens dans les situations les plus variées. Le système social de la société, néanmoins, offre deux possibilités de réactions aux déceptions des expectatives : on peut soit changer l'expectative et apprendre avec la réalité, soit maintenir l'expectative en dépit de la réalité. Dans le premier cas, l'on est face à une expectative *cognitive* et, dans le second, face à une expectative *normative*. La différence la plus importante entre elles, c'est justement la disposition à apprendre ou à ne pas apprendre avec la réalité.

Lorsqu'on parle d'une expectative *cognitive*, on est, consciemment ou non, plus ouvert à apprendre avec l'expérience et à changer l'expectative qu'on avait. Par exemple, si on s'attend à ce que l'eau et l'huile se mélangent quand ils sont mis ensemble, et qu'on constate empiriquement que cela ne se produit pas et qu'ils restent séparés, on corrige notre expectative. Si au contraire, l'expectative ne se modifie pas en dépit des déceptions, on se rend compte qu'elle est du type *normatif*. Ainsi, sur un autre registre, si l'on s'attend à ce que les gens devraient avoir des enfants

exclusivement à l'intérieur du mariage, ce n'est pas parce que des couples décident d'en faire autrement que ceux qui soutiennent une telle expectative vont la modifier; au contraire, ils vont la garder en dépit de la déception. Pensons aussi au cas extrême des homicides : ce n'est pas parce que certaines personnes contrarient régulièrement notre expectative de comportement en tuant d'autres personnes que nous allons nécessairement abandonner l'expectative en question et « apprendre avec la réalité ».

Pour illustrer la distinction entre l'une et l'autre expectative, Luhmann donne un exemple de la vie quotidienne :

> Suppose, for example, one is waiting for a new secretary. This situation contains both cognitive and normative components of expectation. To be sure, the fact that she could be young, pretty and blonde may be cognitively expected; but in these respects it is necessary to adapt to disappointment, i.e. not to insist on blonde hair, ask for it to be dyed, etc. However, it is normatively expected that she should achieve something. If one is disappointed on this latter point, this does not lead to the feeling that the expectations were mistaken. The expectation is fixed and any discrepancy is held against the actor. (Luhmann, 1972: 33)

Bien entendu, cette distinction entre les deux types d'expectatives n'est pas donnée *a priori*, comme si l'expectative « était née » cognitive ou normative. En fait, ce n'est qu'après l'avènement de la déception que l'on peut savoir de quel type d'expectative il est question : si on la change, elle est cognitive, si on la garde, elle est normative. Comme un grand nombre d'expectatives dans la vie quotidienne ne sont pas déçues, elles restent indéfinies, c'est-à-dire qu'elles restent comme des expectatives diffuses, sans formulation précise quant à la forme de réaction face à la déception : « There is a large area of rarely disappointed expectations in which such a prior decision is unnecessary. The fact that everyday face-to-face conversations are held at a normal distance – i.e. that the partner does not attempt to hold a conversation at a distance of 100 meters and on the other hand, does not close up to 5 cm – is simply and highly unconsciously expected, without even thinking of the possibility of disappointment" (Luhmann, 1972: 34)

C'est à partir de cette distinction entre deux types d'expectatives de comportement que la théorie des systèmes propose une définition de la *norme*. En effet, selon Luhmann (1972 : 33), les normes sont des expectatives de comportement qui sont stabilisées « contrefactuellement », c'est-à-dire en dépit du fait qu'elles soient décevantes. La norme se distingue alors des expectatives (normatives) par le fait de jouir déjà d'une certaine *généralité*, d'une certaine *détermination explicite* dans la communication en tant que *norme* et d'une certaine *stabilité*. Dit autrement, elle cesse d'être

d'abord l'expectative d'un seul individu (ou d'un système psychique) pour minimalement être solidement partagée, elle est observée et communiquée comme étant une « norme » et elle s'est déjà réaffirmée (et s'est tenue) à plusieurs reprises face aux déceptions.

Ce concept de norme a plusieurs intérêts pour ma recherche. Tout d'abord, il attire l'attention sur le fait que toutes les normes ne sont pas nécessairement des normes du système de droit. Deuxièmement, il laisse voir que la législation n'est qu'un type particulier de norme et que le « législateur » qui crée la législation *ne crée pas* la norme en tant que telle : il la sélectionne. Troisièmement, ce concept permet de comprendre l'existence d'une différence entre les *normes* et les (nouvelles) *expectatives* que ces normes vont elles-mêmes contribuer à faire naître.

En effet, ce ne sont pas toutes les normes qui sont des *normes de droit*: au contraire, elles peuvent être des normes religieuses, des normes de « bonnes manières », des normes morales, etc. Ce qui va caractériser néanmoins toutes les normes est cette capacité de « s'auto-affirmer » face à des déceptions « empiriquement » reconnues en tant que telles. Qu'est-ce qui rend alors la norme une *norme de droit* (ou *juridique*) ? La réponse donnée à cette question par la théorie est paradoxale et « circulaire » : seules les communications du droit peuvent communiquer sur le droit et seul le droit peut dire quelles normes sont, à un moment donné, des normes du droit. Le cas échéant, les organisations du droit auront à décider si une norme spécifique, par exemple une « norme coutumière », est ou non une norme pour le droit.

Il est important de toujours garder à l'esprit que la théorie des systèmes soutient que les frontières du droit ne sont pas données par la géopolitique d'un État-Nation, comme le proposait la perspective positiviste traditionnelle. De la même façon, on ne peut pas dire que le droit se limite aux règles produites par les tribunaux. À cet égard, la discussion que fait Teubner (1997) à propos de la *lex mercatoria* nous livre des réflexions intéressantes. Le cas de la *lex mercatoria*, qui brise justement le cadre traditionnel du droit considéré à l'intérieur de l'État-Nation et qui est basée sur des traditions commerciales coutumières, sera considéré comme un droit positif par les tribunaux, en dépit du fait que cette loi a son origine dans des productions « non juridiques » des règles (Teubner, 1997: 237).

Du même coup, la législation apparaît alors comme étant un type particulier de « norme », c'est-à-dire d'expectative normative qui a été généralisée et stabilisée, en plus d'avoir pris un statut particulier dans les communications de la société. Le rôle du « législateur » (au Parlement) sera justement celui de sélectionner, parmi plusieurs projections normatives existantes à l'intérieur de la

« société », celle qu'il va transformer en législation (en lui donnant une mise en forme particulière). Luhmann (1972) veut mettre l'accent sur le fait que la « création de la loi », dans le sens sociologique, n'est pas la création de l'expectative normative en tant que telle et que la législation est un programme particulier de normes. Dans le langage qu'il avait au début des années 1970, cette idée s'exprime de la manière suivante : « The function of legislation does not lie in the creation or production of law, but in the selection from and in giving symbolic dignity to norms as binding law » (Luhmann, 1972 : 160). Avec cette idée, la théorie veut aussi « retirer du législateur » une possible omnipotence morale ou factuelle en ce qui concerne le processus de création empirique des normes dans les systèmes de communication. Quand le législateur sélectionne l'expectative pour la transformer en loi, il n'est pas en train de créer la « norme », mais de lui attribuer une « dignité symbolique » en tant que *loi*. (*Ibidem*)

(b) *Quelques remarques sur la procédure législative*

Les normes instituées comme valides au moyen d'une décision (et qui peuvent également être invalidées au moyen d'une décision) constituent le *droit positif* (Luhmann, 1969: 137). La « positivisation du droit » permet une croissante complexification de la société car la modification constante des normes juridiques devient possible, sans que ce fait entraîne l'instabilité de l'ordre juridique. Le nombre d'attentes qui peuvent être judiciarisées ainsi que le rythme et les possibilités de leur modification rendent au droit – et conséquemment à la société – une plus grande complexité substantielle et temporelle. N'étant plus considéré comme invariable, le « droit positivé » doit ainsi, à travers d'autres mécanismes, garantir la certitude qu'offrait le droit antérieur. C'est dans la procédure décisionnelle qu'il va trouver la légitimation et la garantie de l'ordre juridique, auparavant basées notamment sur des préceptes d'ordre divin ou moral.

D'ailleurs, les changements constants des normes, permis par la positivisation du droit, exigent la structuration d'une procédure législative qui soit capable de réduire la complexité introduite par cette nouvelle caractéristique du droit. Dans les sociétés démocratiques, c'est normalement à l'intérieur du Parlement que s'opèrent les procédures visant à la création ou aux modifications des normes juridiques.

Or, « la procédure parlementaire ne se prête pas à l'élaboration des lois » (Luhmann, 1969: 169). Par cette affirmation, Luhmann veut dire que les décisions importantes en matière de création des lois ne sont pas prises à l'intérieur des procédures parlementaires, mais plutôt à l'extérieur de la procédure formelle, dans de petits groupes ou dans des commissions spécialisées. Et de cette

constatation ne ressort pas nécessairement une critique ou une objection contre les procédures, mais tout simplement une observation de leur mode de fonctionnement. Les comités, les groupes de spécialistes constitués de façon formelle ou informelle, ont, devant des problèmes complexes et spécifiques, un potentiel de travail très supérieur aux grandes assemblés de politiciens.

Par ailleurs, « le rôle non moins important du parlement serait de sanctionner ou non les propositions et, lors des débats, de représenter la 'voix' du peuple » (*Ibidem*). Luhmann va dire que la fonction des séances plénières publiques est plutôt celle de présenter « la lutte politique au moyen d'arguments et de principes de décision avec lesquels s'identifient les positions politiques controversées» (Luhmann, 1969 : 184). De toute façon, le fait est qu'il existe effectivement une sorte de contradiction entre la présentation « officielle » de la procédure législative et son mécanisme « réel » de fonctionnement. Ce problème est apparemment indissoluble face à la diversité et à la complexité des décisions qui doivent être prises par le Parlement et les attentes que se forment autour d'elles.

Le cas de la création de la loi de torture au Brésil reproduit empiriquement ces idées de Luhmann. Le format du projet de loi ainsi que la définition du crime et de ses peines ont été définis par le ministre de la Justice - avec l'aide d'un juriste qui l'assistait dans les questions de droit criminel - et par les leaders des partis concernés par le problème de la torture. Lors d'une réunion non officielle, un jour avant le vote final du projet de loi par la Chambre des députés, cette « commission d'intéressés » a décidé de la manière de rédiger le projet de loi, en déconsidérant les suggestions faites durant le cheminement « officiel » dudit projet. Regardons l'extrait de l'entretien réalisé avec le ministre de la Justice mentionné ci-dessus:

> Alors, la négociation politique du texte de ce projet de loi a été conduite par moi avec les leaders des partis...la base du texte a été faite par le juriste Francisco de Assis Toledo, qui est venu avec moi au Parlement pour discuter le sujet avec les leaders des partis préoccupés par la question de la torture.

Une acceptation sereine de cette complexité et de la variabilité des situations est donc nécessaire pour le fonctionnement du système. Dans le domaine de la politique, cette acceptation, facilitée par une confiance généralisée dans le système, est aussi appelée *légitimité* (Luhmann, 1969 : 187). Les décisions, prises toujours à l'intérieur du système, arrivent ainsi à forger cette confiance. La légitimité ne peut pas ainsi être identifiée au consensus factuel, mais doit plutôt être identifiée à un produit formel de la procédure propre. Bien entendu, la procédure ne peut à elle seule produire toute

la légitimé d'une décision législative. Le contenu de la décision, les motivations politiques qui en sont à l'origine, comptent aussi. La procédure va cependant constituer la *forme* avec laquelle le système politique va contribuer à sa propre légitimation (Luhmann, 1969 : 193).

(c) *Le statut de la législation produite par le Parlement*

D'après la théorie des systèmes le processus de création de la loi peut être observé comme un processus *décisionnel* qui se penche sur la *sélection* de certaines *expectatives normatives* déjà existantes et qui vont se rendre au Parlement. Même si ce n'est pas au Parlement que les décisions les plus importantes seront prises, c'est ce passage qui confère à la norme la qualité de « loi » et qui lui rend ainsi un pouvoir engageant.

Il est très important de noter que le fait d'être approuvée par le Parlement n'indique rien par rapport à la réceptivité qu'une telle loi aura par le système de droit. Ce dernier peut la reconnaître et l'intégrer dans ses propres opérations, ou bien l'ignorer en la laissant dans l'environnement du système de droit. Dans ce cas, il s'agit de lois « oubliées à l'intérieur des tiroirs » et qui, pour des raisons variées, ne sont jamais appliquées par les tribunaux. Évidemment le système politique peut essayer de prévoir la direction que va prendre la loi une fois rendue dans les communications du système juridique, mais il ne s'agit que d'une prévision et non pas d'une information précise sur l'avenir de la loi (Luhmann, 1993b: 372). C'est dire que rien ne garantit que le droit va traiter la loi de la façon dont la politique l'avait prévu lors de sa production.

Comment alors décrire les rapports entre le système politique et le système de droit lors de la production d'une loi par le Parlement ? Les opérations sont des événements sans durée, c'est-à-dire qu'elles disparaissent tout de suite après leur apparition. Néanmoins si on les observe individuellement, elles peuvent participer *en même temps* de plusieurs systèmes (Luhmann et DeGiorgi, 1992 : 1437). Cela ne signifie pas que les systèmes se confondent, mais seulement qu'un observateur peut identifier, dans une opération spécifique, plusieurs possibilités d'attribution de sens. L'acte de création de la loi en est un exemple : il a une pertinence (politique) pour le système politique, mais il a aussi une pertinence (juridique) pour le système de droit.

En effet, la promulgation d'une nouvelle loi peut être vue comme un produit de négociations politiques et comme un changement concret des règles du droit (Luhmann, 1993a). La législation est une création *politique*, c'est-à-dire observée par le système politique comme sa propre réalisation (Pires et Cauchie, 2007 : 12). Néanmoins la production d'une nouvelle loi peut *irriter* le système

juridique, qui va réagir à une telle irritation (même si cette réaction est dans le sens de ne pas appliquer la loi). C'est comme si la législation avait une face tournée vers le système politique et une autre vers le système de droit. De l'un des côtés, la législation est vue comme les « lois de la politique » (telles que vues par le politique) et, de l'autre côté, elle est vue comme « les lois du droit », qui amène le système de droit à produire le droit dans la société moderne. Du point de vue du système de droit, la législation sert en même temps de « limitation extérieure » (paramètre, cadrage) et de « source » (matière première) pour le droit pour produire ses propres communications (Pires et Cauchie, 2007 : 12).

Néanmoins, ce cadre ne change rien par rapport à l'idée des systèmes « opérationnellement fermés ». Rappelons que le système ne peut ni opérer ni communiquer avec son environnement. Comment l'existence de relations entre les systèmes et leur environnement (dans ce cas, un autre système) est-elle alors possible? Luhmann utilise le concept de *couplage structurel* pour représenter ces relations. La production de la législation sera ainsi décrite par la théorie des systèmes comme *couplant structurellement* deux systèmes : politique et droit.

Cependant, cette « connexion » qui s'établit entre les deux systèmes ne viole pas l'autopoiesis de chacun. En réalité, ce que le *couplage structurel* fait, c'est de mettre en relation les processus autopoiétiques de chaque système. Le résultat de cette mise en relation est l'établissement de mécanismes spécifiques d'irritation, ce qui amène les systèmes à résonner. Avec ces deux concepts d'*irritation* et de *résonance,* la théorie des systèmes explique comment deux systèmes peuvent « interagir » (Moeller, 2006 : 38).

Il faut pourtant prendre note que l'irritation d'un système n'est pas simplement un effet déterminé par les communications d'un autre. Le système va réagir à une communication externe seulement quand il reconnaît l'irritation en tant qu'irritation. On pourrait même parler d'une dimension d'« auto-irritation ». Dans ce cas, le système « irrité » va résonner, mais cette irritation est toujours une « option » du système lui-même. Autrement dit, il n'y a pas d'interférence directe des systèmes et, ainsi, on ne peut pas dire qu'avec le couplage un système va en diriger ou en orienter un autre. Ce qui arrive, au contraire, c'est qu'à partir d'une séquence relativement stable d'irritations, le système est amené à résonner (Moeller, 2006: 39). C'est le cas de la production législative : le système juridique est constamment irrité par les décisions politiques de créer de nouvelles lois et y réagit à travers, par exemple, les sentences qui prennent en considération ces lois (Luhmann, 1993b).

Rappelons que cette recherche va insister sur le fait que ces deux systèmes sociaux vont faire appel, dans leurs opérations respectives concernant les lois criminelles, à un même système d'idées portant sur les peines. Le fait qu'un même système d'idées soit utilisé par deux systèmes sociaux va faciliter un certain degré de coordination entre les opérations de ces deux systèmes couplés par la législation. Ceci, par hypothèse, facilite et stimule la reproduction « normale » (par opposition à innovatrice) des opérations qui comprennent une position à l'égard des peines dans chaque système.

Comme je le disais plus haut, les deux systèmes vont combiner la référence externe (comme la rationalité pénale) avec leurs références internes, toujours à partir d'opérations internes. Ainsi, le système politique, par le fait d'être cognitivement ouvert, est exposé à la connaissance (ou à la logique) des théories de la peine (j'y reviendrai dans la section prochaine) et l'intègre dans sa dynamique interne à partir de ses propres paramètres et en l'utilisant pour ses propres objectifs (comme la création des lois). Par ailleurs, pour la même raison d'être « cognitivement ouvert », il peut être exposé à une nouvelle manière de concevoir les peines en matière de lois criminelles, différente de celle de la rationalité pénale moderne et l'intégrer aussi dans sa dynamique interne. Et la même observation vaut pour le système de droit.

1.2 La théorie sur un système d'idées: la *rationalité pénale moderne*

1.2.1 Remarques préliminaires sur la construction de la théorie

Le deuxième cadre théorique que j'ai employé porte sur un système de pensée ou d'idées appelé *rationalité pénale moderne*. Ce cadre a joué un rôle central dans ma recherche et ce dans deux sens, c'est-à-dire au point de départ et à l'arrivée. La rationalité pénale moderne est le point de départ de ma recherche parce que c'est à partir de ce cadre que j'ai bâti mes hypothèses de travail et rendu ma recherche pertinente. Elle est aussi mon point d'arrivée théorique puisque je compte, avec cette recherche, contribuer au développement et au raffinement de cette théorie. Je peux ainsi dire que la « rationalité pénale moderne » est mon objet de réflexion théorique.

Les premiers textes construisant ce cadre théorique ont été rédigés par A. Pires au début des années 1990 (Pires, 1990; 1991a; 1991b; 1991c). Ces textes donneront lieu à un programme de recherche théorique et empirique à long terme et seront, par la suite, repris et développés par Pires et ses collaborateurs. Cette recherche s'inscrit dans ce programme et contribue à son développement. En ce sens, la théorie sur la RPM (*rationalité pénale moderne*) servira comme point de repère théorique pour mes observations empiriques : mon attention portera essentiellement sur l'actualisation des

éléments qui intègrent ce *système d'idées* (telle la nécessité d'une *peine afflictive* pour obtenir une « vraie » punition de nature criminelle) dans les communications du système politique qui portent sur la création législative d'*interdits criminels* (normes de comportement) et ses conséquences (le *choix et le format des peines* dans les lois adoptées.

Pires débute ce programme de recherche par une observation portant sur trois trames discursives couplées les unes aux autres : (i) le discours philosophico-éthique sur les peines en droit criminel; (ii) le discours de la doctrine du droit criminel portant sur la distinction entre le droit criminel et le droit civil ; et (iii) le discours des réformateurs du droit et des commissions de réforme du droit criminel.

Tout d'abord, il constate alors que le discours philosophique sur les peines est « obnubilé »[10] par les théories modernes de la peine et ne réussit pas à faire valoir les sanctions non afflictives et non carcérales en droit criminel. Il considère alors que « les rapports entre l'éthique et le droit criminel ont été fortement déterminés par une *vision juridico-pénale du monde* » (Pires, 1991a : 50; c'est moi qui souligne), soit une vision qui soutient que le droit criminel est ontologiquement distinct du droit civil et qu'il ne peut pas avoir de sanctions comme celles du droit civil. Les théories de la peine, et le discours philosophique sur les peines, n'offrent alors aucune légitimité efficace aux sanctions qui se présentent comme des alternatives aux peines afflictives et aux peines carcérales.

Ensuite, il constate aussi que la doctrine juridique utilise les théories de la peine pour construire une « vision identitaire »[11] du droit criminel qui deviendra dominante. Une *partie* de la doctrine va alors « substantialiser » la différenciation entre, d'une part, le droit criminel et, d'autre part, le droit civil. Pires (1991a : 52) dira alors que la forme concrète d'*organisation du droit*, celle qui différencie le droit civil du droit criminel, sera « naturalisée » et « que de la même façon qu'*une partie* de la criminologie s'est adonnée à chercher la différence anthropologique et culturelle entre l'*Homo criminalis* et l' « *honnête citoyen* », *une partie* de la science juridique s'est lancée à la quête de la différence ontologique entre l'illicite civil et l'illicite pénal, entre la sanction civile et la sanction pénale, entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale » (Ibidem: 54). Il souligne qu'une *autre partie* de la doctrine juridique a mis en cause cette substantialisation, mais que malheureusement elle n'a pas réussi à tirer toutes les conséquences les plus stimulantes de cette mise en cause (Ibidem: 55). En effet, cette mise en cause a fini aussi par utiliser les théories de la peine

[10] Cette expression est tardive et a été empruntée à Bourdieu (voir Pires, 2001b).
[11] Ce concept est aussi plus tardif, mais il s'applique rétroactivement assez bien à ce texte.

pour légitimer la forme d'organisation du droit et d'imposition des sanctions et en est venue rarement « à proposer les sanctions réparatrices comme autonomes et suffisantes en droit criminel » (*Ibidem*).

Dans un autre ordre d'idées, Pires (1991a : 58-63) attire aussi l'attention sur le fait que les théories de la peine – même dans leurs versions modernes et « humanistes » - « ont été accaparées par le besoin de justifier les peines fortes contemporaines: la peine de mort (dans un nombre limité de cas) et tout particulièrement l'emprisonnement ». Or, comme le droit criminel et les peines modernes s'inscrivaient « dans un projet de construction d'une société nouvelle où la justification de la punition est au centre des attentions », (Pires, 1991a : 59), Pires (1991a : 59) va ajouter que « la justification de ces peines [de mort et d'incarcération] paraissait alors d'autant plus importante qu'il fallait rejeter les pratiques punitives précédentes perçues comme plus cruelles (le châtiment corporel, les supplices et la torture). Dans ce contexte, toutes les théories de la peine, voire le rétributivisme avec son penchant répressif, prennent quelques lettres de noblesse ». Cette observation est importante pour ma recherche pour deux raisons : elle laisse voir que ces théories ne sont pas « modératrices », comme on a tendance à les représenter dans la doctrine juridique et dans la philosophie pénale; elle laisse voir aussi comment ces théories sont venues à « s'auto-présenter » comme « humanistes » ou « au service de l'humanisme ».

Enfin, Pires constate aussi que les discours des réformateurs du droit criminel n'excluent pas complètement la pertinence des sanctions non carcérales et non afflictives, y compris le dédommagement. Ces réformateurs – et surtout quelques commissions de réforme du droit à partir de la deuxième moitié du XX^{e} siècle – vont « appuyer » ces sanctions, mais *sans avoir* une théorie alternative de la peine pour les appuyer et les légitimer. Comment font-ils pour les appuyer ? Pires soutient que ces réformateurs adoptent deux stratégies complémentaires. D'une part, ils appuient ces sanctions simplement par la « négative », c'est-à-dire par une critique de la prison. C'est *parce que la prison ne donne pas les résultats attendus* que les sanctions alternatives sont « souhaitables ». D'autre part, les réformateurs ont recours aux mêmes « théories de la peine » (de la RPM) qui rejettent les sanctions non carcérales pour tenter de les légitimer. On dira alors, par exemple, que le dédommagement cause aussi un effet de dissuasion, que le dédommagement cause une souffrance chez l'accusé, etc.

Pires soupçonne ici que cette utilisation stratégique des théories modernes de la peine produit des effets « non-intentionnels » et allant en sens contraire : les sanctions alternatives restent sans légitimité alternative propre et, lorsqu'elles sont intégrées au droit criminel, elles ne sont ni vraiment

généralisées ni considérées comme valables pour les crimes plus graves. Bref, Pires attire l'attention sur le fait que les « sanctions alternatives à la prison » (et les sanctions non afflictives au premier plan), que plusieurs commissions de réforme du droit tentaient d'introduire en droit criminel à partir de la deuxième moitié du XX^{e} siècle, se heurtaient à une redoutable résistance *sur le plan des idées* : une résistance construite *de l'intérieur* d'un système d'idées, la RPM.

On peut dire ainsi que cette théorie sur la RPM est née de l'observation empirique selon laquelle il y avait un « problème de légitimité *éthique* et *juridique* » dans les « régimes de substitution des peines d'incarcération en droit criminel dans la période de l'État-Providence » (Pires, 1991a : 67). D'une part, Pires propose alors l'hypothèse directrice selon laquelle les *théories modernes de la peine* (rétribution, dissuasion, réhabilitation...) constituent un « obstacle épistémologique » (Bachelard) ou « cognitif »[12] à la *réception* par le droit criminel des peines non carcérales en tant que sanctions indépendantes de la prison, aptes à être appliquées même à l'égard des crimes graves. D'autre part, il signale que les justifications éthiques, juridiques et sociales que l'on donne aux sanctions non carcérales sont *précaires* (Pires, 1991a : 73) et il soupçonne alors que sans un autre paradigme portant sur les peines, une réforme innovatrice du droit criminel ne sera ni possible ni stabilisée. Commence ici un certain intérêt aussi pour l'observation de l'émergence d'*idées innovatrices* en droit criminel.

Quant à la dénomination « *système de pensée* », il est à noter que Pires, dans une première phase de la construction de la théorie, privilégie encore ce concept pour se référer à l'ensemble des théories de la peine, ce qui est directement et explicitement redevable à Foucault. Par la suite, il va utiliser davantage le concept de « *système d'idées* » que l'on retrouve dans la théorie des systèmes, à la fois chez Edgar Morin (1977) et chez Luhmann et De Giorgi (1992). Cette préférence a été accordée pour marquer davantage la distinction entre les *pensées des systèmes psychiques* et les *idées des systèmes sociaux (ou de communications)*; entre ce qui reste « caché » (dans l'inconscient) et ce qui reste disponible pour les prochaines communications.

1.2.2 La formation de la *rationalité pénale moderne*

Pour Pires (1998a), c'est entre la deuxième moitié du XVIII^{e} siècle et la fin du XIX^{e} siècle que la formation de ce système d'idées sur les peines s'achève et prend sa forme « moderne ». Entre autres choses, les théories de la peine arrêtent de légitimer l'usage étendu de la peine de mort et des peines afflictives corporelles pour se concentrer sur la *prison*, comme l'a signalé Foucault (1975).

[12] Le premier terme employé par Pires dans l'article de 1991(a) est « obstacle idéologique » (au plan des *idées*). C'est seulement après qu'il parlera d'obstacle épistémologique ou, plus récemment, d'obstacle cognitif.

Pires (1998a; 1998c; 2006a) montre néanmoins que la formation de ces théories de la peine plonge ses racines dans l'histoire de la philosophie occidentale et particulièrement, en ce qui concerne spécifiquement le droit criminel, entre le XI[e] et le XIII[e] siècles en Europe avec la mise en forme de la théorie rétributiviste et la sélection d'un concept de *peine*. Cela signifie que, pour Pires, la période de « préformation » et de sélection de ce système d'idées va aller de pair avec la période de formation et de différenciation du droit criminel à l'intérieur du système de droit.

À partir de la deuxième moitié du XVIII[e] siècle, on observe un droit criminel qui commence à « s'autodécrire » comme « moderne » et comme un sous-système « autonome » du droit, c'est-à-dire par opposition à d'autres sous-systèmes de droit, particulièrement le droit civil (Pires, 1998a). Ce discours juridico-criminel sur l'« autonomie » indique ici, d'une part, cette différenciation factuelle entre le sous-système de droit criminel et le restant du droit et, d'autre part, la manière par laquelle la doctrine représente cette différence avec son environnement. C'est, entre autres choses, dans la construction de cette représentation de l'autonomie que les théories de la peine vont jouer un rôle décisif.

En effet, ce système d'idées produit un « point de vue » qui va contribuer à construire le droit pénal moderne et son discours identitaire. C'est avec ce « point de vue » que le système pénal va pouvoir alors identifier ce qu'il est, ce qui le caractérise, ce qui le différencie des autres sous-systèmes juridiques. Il va ainsi construire sa vision identitaire par opposition aux autres sous-systèmes de droit, notamment du droit civil. C'est à travers ce discours identitaire que le système va représenter, par exemple, « la peine afflictive » ou la « peine de prison » comme étant les « vraies sanctions » du droit criminel et, parallèlement, que le « dédommagement ne relève pas du droit criminel ».

Il est important de noter que ce système d'idées ou cette « rationalité pénale » *n'est pas le produit ou la conséquence automatique ou naturelle de ce processus de différenciation du droit criminel* à l'intérieur du droit (Pires, 2001a), mais plutôt une formation parallèle au plan des idées qui a lieu plus ou moins en même temps et qui sera sélectionnée par ce système de droit criminel en voie de formation. Néanmoins, cette rationalité pénale participe activement à la manière dont le système pénal en formation va concevoir sa propre différence, en stabilisant une façon très particulière de la percevoir (sa différence).

La théorie de Pires décrit ainsi ce système d'idées, appelé *rationalité pénale moderne* », qui, à partir de la deuxième moitié du XVIII[e] siècle, a été sélectionné par le droit criminel pour (i) *construire son discours identitaire*, (ii) *pour fonder le droit de punir*, (iii) *pour justifier ses décisions* en matière de peines et aussi (iv) pour présenter et projeter une image du transgresseur de la loi criminelle. Un autre groupe d'idées aurait parfaitement pu être sélectionnés, mais empiriquement on vérifie que ce sont celles-ci, et non pas d'autres, qui ont été stabilisées par le système. Ce fait ne signifie pas qu'il n'existe pas d'autres manières de penser (plus créatrices même) à l'intérieur des trames discursives du système de droit criminel ou même de la philosophie pénale[13]. Mais ces autres idées ne font pas partie de ce système d'idées *dominant* en matière de peines dans le système de droit criminel, c'est-à-dire de la rationalité qui se superpose aux autres et qui s'est élevée au rang de manière « officielle » ou « normale » de « *communiquer sur les peines* ».

Le point de vue produit par la rationalité pénale moderne va ainsi, à partir du XVIIIe siècle, aider le système de droit pénal à construire son discours identitaire. L'un des traits marquants de l'identité que le droit pénal va construire sur lui-même, c'est la différenciation totale du droit civil : les sanctions, les victimes, la responsabilisation juridique, etc. Sur l'influence de la rationalité pénale moderne, le discours identitaire du droit pénal va finir par « ontologiser » la différence organisationnelle entre le droit pénal et le droit civil ou administratif. En fin de compte, c'est ce clivage qui va assurer la différenciation du système pénal et de son environnement et, ainsi, garantir son existence en tant que système autonome.

Le mot « moderne », dans l'expression *rationalité pénale moderne*, est utilisé simplement pour identifier la *forme spécifique* que ce système d'idées prend à partir de la deuxième partie du XVIIIe siècle (Pires, 1998a; Pires, 2003a). Cette rationalité se distingue alors, d'une part, de la façon de penser « prémoderne » ou, pour utiliser une ancienne expression de Pires (1998a : 15), « préclassique » et, d'autre part, des idées innovatrices se situant *en dehors* de ce système d'idées à partir du XVIIIe siècle jusqu'à présent. Pires veut alors neutraliser une certaine manière de décrire les choses qui élimine la contingence, les divergences non retenues ou marginalisées et les autres possibilités non actualisées. Le terme « moderne » indique alors à la fois que le point de référence méthodologique pour la formation de ce système d'idées est le XVIIIe et le XIXe siècles, mais aussi que ce système ne perd pas automatiquement sa place dominante lorsque nous entrons dans la « deuxième modernité ».

[13] Pires (1991a; 1991b; 1998a et 1998b) donne lui-même souvent des exemples d'une autre trame discursive qui n'a pas été sélectionnée en faisant référence à Montesquieu (1756), à Spencer (1860) et à Del Vecchio (1951).

1.2.3 Les hypothèses directrices proposées par la *rationalité pénale moderne*

D'une manière générale, on peut caractériser la théorie (systémique) sur la rationalité pénale moderne que je vais à la fois employer et développer dans cette recherche comme une théorie qui « vise, d'une part, à décrire la structure d'un *système d'idées savantes* ou « *sérieuses* »[14] qui s'est formé en Occident et qui porte sur le thème des peines et, d'autre part, à observer ses conséquences à la fois sur le (sous) système du droit criminel et sur les communications politiques portant sur les peines (création de la législation, administration des sanctions, administration de la police, etc.) » (Pires, 2008c). Comme nous verrons par la suite, « cette théorie propose aussi une *hypothèse directrice forte* sur l'évolution de *certaines* pratiques discursives (ou cognitives) et normatives de deux systèmes : le système de droit criminel et le système politique (gouvernement et administration publique) » (Pires, 2008c).

La *structure de départ* de ce système d'idées est constituée par trois grandes théories de la peine dans leurs versions modernes : la théorie de la rétribution, la théorie de la dissuasion et la théorie de la réhabilitation en prison. Comme nous le verrons par la suite, cette structure de départ va se *déplier*, se complexifier de l'intérieur, et donner naissance à d'autres théories *qui ne sortent cependant pas de ce système d'idées*, comme la théorie de la dénonciation (Lachambre, 2008) et celle du *juste dû* de von Hirsch (Pires, 1990).

Par rapport au système de droit criminel, la théorie énonce l'hypothèse que ce système « ne réussira pas à modifier ses autoportraits dominants (sa « vision identitaire ») et sa manière dominante de fonder, de justifier et de fabriquer des normes jurisprudentielles sur les peines *sans sélectionner ou construire* une nouvelle théorie de l'intervention pénale ou de la peine, plus précisément une théorie qui se situe *en dehors* de ce système d'idées appelé *rationalité pénale moderne* » (Pires, 2008c)[15].

[14] Pires emploie à l'occasion aussi ce concept qu'il a emprunté à Dreyfus et Rabinow (1982).

[15] Pour une première formulation de cette hypothèse dans d'autres textes, voir Pires (1991b et 2003a). Dans ce dernier, et à ce moment, l'auteur a écrit dans le cadre d'une philosophie dite humaniste : « L'hypothèse forte est que les théories modernes de la peine constituent un obstacle épistémologique et culturel majeur à la construction d'un véritable «droit criminel du citoyen» et d'une nouvelle rationalité pénale à la fois plus humaine, plus respectueuse de la liberté de tous, plus créatrice et plus adaptée à la complexité de la société d'aujourd'hui. Il convient alors de réfléchir sur une nouvelle théorie de la sanction - ou de l'intervention juridique - qui soit une solution de rechange aux théories de la peine. Cette hypothèse est reliée à une autre : ces théories de la peine sont en étroite relation avec la structure du droit criminel, y compris celle de la procédure pénale qui retire, par exemple, tout pouvoir de décision à la victime pour transiger ou terminer son litige avec l'inculpé. En paraphrasant Taylor (1992: 38), je tenterai de montrer que les idéaux moraux du droit criminel se sont dégradés par les théories de la peine, même si ces idéaux - la justice, la vie bonne, la liberté, la sécurité, la garantie des droits pour tous et la protection de la dignité humaine - restent extrêmement valables. »

Pour la théorie, « l'évolution des structures cognitives et normatives du système de droit criminel affectant de façon significative notamment, mais non exclusivement, les « normes de sanction » vont dépendre alors de la reproduction *normale* ou *déviante* de ce système d'idées et seul le système de droit criminel peut opérationnellement *décider* dans une direction ou dans l'autre » (Pires, 2008c). La théorie explore ici également une série de paradoxes, comme celui entre ce système d'idées et les droits de la personne tel qu'il se présente *dans les communications du système de droit (criminel)* (Garcia, 2009) ainsi que les problèmes qui émergent de la relation entre ce système d'idées et l'opinion publique pour les opérateurs du droit criminel (Xavier, 2008). Nous verrons que le paradoxe impliquant les droits de la personne se présente aussi par rapport au système politique (mon objet).

Par rapport au système politique, la théorie est en train d'être radicalement reconstruite du point de vue théorique, en même temps qu'elle connaît d'autres développements empiriques. Or, ce terrain est justement celui occupé par cette recherche. Par rapport à ce système, une des hypothèses les plus anciennes de la théorie est que « la pratique de création de la législation criminelle – y compris la pratique actuelle de fabriquer la loi criminelle sous la forme d'une structure télescopée où la norme de comportement se fait usuellement accompagner d'une norme spécifique de sanction fixant « de façon normale » une peine d'incarcération[16] – ne va pas se modifier de façon significative si le système politique ne modifie pas du même coup son système de « théories de la réflexion » sur les peines » (Pires, 2008c)[17]. La théorie explore ici aussi sur le plan théorique et empirique deux grands *paradoxes* dans les communications politiques. Le premier porte sur la relation entre ce système d'idées (RPM) et les droits de la personne et le deuxième, entre ce système d'idées et les trames discursives qui « s'autoprésentent » comme « humanistes », « progressistes », « critiques », etc. Ma recherche va explorer et développer, autant sur le plan théorique qu'empirique, ces deux aspects.

Bref, la théorie sur la rationalité pénale moderne a deux grands volets : l'un, *descriptif*, portant sur ce système d'idées et l'autre, à la fois *descriptif* et *explicatif*, portant sur les problèmes d'évolution du droit criminel et sur les conditions d'émergence, de généralisation et de stabilisation des idées innovatrices.

[16] Je vais y revenir plus en détail dans le chapitre suivant.
[17] Dans les textes plus anciens, cette hypothèse forte sur la production normative et discursive du système politique se trouve présentée dans Pires, Cellard et Pelletier (2001) et dans Pires (2002; 2003a). Elle se retrouve aussi dans les deux programmes de recherche du Laboratoire de la Chaire de recherche du Canada en *Traditions juridiques et rationalité pénale* (Pires, 200b; et 2007). Pour l'observation empirique d'une pratique de reproduction déviante du système politique, voir Pires (2006a) et Pires et Cauchie (2007).

1.2.4 La composition interne de la *rationalité pénale moderne* : les théories de la peine

Comme je l'ai souligné ci-dessus, cette théorie de la *rationalité pénale moderne* soutient qu'un certain nombre de théories de la peine en sont venues à « s'organiser » entre elles et à former un *système d'idées*. Bien entendu, cette constatation n'a été faite qu'*a posteriori*, c'est-à-dire que c'est seulement après que le système d'idées soit formé qu'on est capable de dire qu'il « porte exclusivement sur les peines en droit criminel » (Pires, 2008c : 23) Le nombre de théories qui forment ce système d'idées est une question empirique et dépend aussi, bien sûr, des distinctions qu'un observateur fait pour les observer. La théorie a indiqué au départ trois grandes théories : celle de la rétribution, celle de la dissuasion et celle de la réhabilitation.

La « théorie de la neutralisation », telle qu'elle se présente aux XVIIIe et XIXe siècles, a été vue par la théorie sur la RPM comme étant une théorie à la fois « partielle » (se référant seulement à certains crimes ou à certains criminels) et « parasitaire », c'est-à-dire une sorte d'extension ou de résidu de la théorie de la réhabilitation. Sa portée n'a pas été généralisée à tous les crimes et à tous les transgresseurs comme les trois autres.

Récemment, la théorie sur la RPM a commencé à observer de façon plus systématique la « théorie de la dénonciation » comme faisant aussi partie de ce système d'idées (Lachambre, 2008). Celle-ci est devenue plus « visible » et plus « indépendante » des autres à partir des années 1950 (*ibidem*). En fait, Lachambre remarque que cette théorie existe depuis la deuxième moitié du XIX^{e} siècle sous une forme embryonnaire, mais elle n'a pas été clairement identifiée par le droit criminel comme une théorie indépendante au même titre que d'autres (dissuasion, rétribution, réhabilitation) (Lachambre, 2008 : 1). Pour cette raison, Pires (1998a) ne l'a pas incluse dans sa description de départ de la RPM (qui portait, en plus, sur le XVIIIe siècle). À ce moment, la théorie de la dénonciation pouvait être observée – et l'était effectivement – comme étant une dimension de la théorie de la rétribution ou de la dissuasion. Bref, elle n'était pas considérée comme une théorie indépendante ou « détachée » des autres.

Cette manière d'observer – selon laquelle les théories modernes de la peine forment un système d'idées – va à l'encontre d'une manière courante de voir les théories de la peine. En effet, il est usuel de les voir comme étant « en conflit » ou « en compétition » les unes avec les autres. Or, Pires (1998a : 12) adopte comme point de départ une hypothèse qu'il reconnaît avoir été très bien formulée par van de Kerchove. En effet, selon ce dernier, « l'hypothèse serait que, au-delà des

controverses - sans doutes réelles - qui les opposent, ces courants [théories de la peine, utilitarisme et rétributivisme] partagent secrètement certains présupposés communs et que, se définissant toujours en opposition l'un à l'autre, ils parviennent à occulter la « clôture » dans laquelle s'inscrit leur débat et à faire perdre de vue ce qu'ils éliminent l'un et l'autre » (van de Kerchove, 1981: 291). Alors, selon la théorie, en dépit des différences (réelles) existantes à différents niveaux entre ces théories de la peine, le fait est qu'on peut quand même trouver des éléments communs qui servent d'indicateurs empiriques de la formation d'un système d'idées qui les inclut (Pires et Acosta, 1994; Pires, 1998a).

Dans un premier moment, la théorie de Pires va tenter de dégager ces « éléments communs » qui amènent ces théories de la peine à former un *système d'idées* à un *certain niveau* d'observation[18]. Tout se passe alors comme si chaque théorie de la peine, considérée individuellement, était un « sous-système d'idées » de ce système d'idées qu'elles constituent ensemble. Cela signifie que l'alternative significative à ce système d'idées ne se trouve pas *entre ces théories*, mais *entre se situer à l'intérieur* ou, au contraire, *à l'extérieur* du système d'idées lui-même. Pires va dire que, pour observer l'« enjeu théorique fondamental » du débat sur la pénalité, il vaut mieux se concentrer sur les rapports non problématisés que ces théories établissent entre elles que sur les oppositions ou différences qu'elles-mêmes indiquent et soulignent (Pires, 1998a :16).

La théorie emploie aujourd'hui la distinction directrice *inclusion/exclusion* pour observer et décrire ce système d'idées. Cette distinction est destinée à remplacer celle de rétributivisme/utilitarisme proposée par la philosophie et par le droit criminel (Pires, 2006a; 2008c). Selon Pires, cette distinction classique ne permet pas de *voir* la formation d'un système d'idées et met l'accent sur des oppositions (philosophiques) *internes*, plutôt que sur les *convergences* dans les communications qu'elles tiennent à l'égard des peines.

En adoptant la nouvelle distinction (*inclusion/exclusion*), l'observateur voit que *toutes* les théories de la peine qui composent ce système d'idées se situent, au premier plan, dans la face de l'*exclusion* ou qu'elles sont indifférentes, au premier plan, à l'inclusion sociale. Même la théorie moderne de la réhabilitation, qui est la seule théorie de ce système d'idées à tenir compte de

[18] Pires insiste sur le fait qu'un bon nombre d'auteurs ont proposé des *combinaisons* de ces théories, ce qui montre bien qu'ils n'ont pas observé ces théories comme *formant déjà un système d'idées* qui ne dépendait pas de l'articulation entre certaines de ces théories qu'ils étaient en train de proposer. Ces combinaisons laissent cependant voir indirectement certains *points communs* entre les théories dans ce système d'idées. Ces « théories mixtes » sont alors, en ce sens, « instructives » pour la théorie sur la RPM. La théorie *apprend* avec ces constructions. Ces remarques de Pires ont été faites dans des présentations orales et, récemment, dans un document de travail non publié (Pires, 2008b).

l'inclusion sociale des contrevenants, se situe *d'abord* (ou au premier plan) dans la face de l'exclusion : il faut *incarcérer* pour traiter, *exclure* pour inclure. Pour cette théorie, la réhabilitation est une tâche *de la prison*. Cette observation de la théorie sur la RPM, comme nous le verrons, est particulièrement éclairante pour nos données empiriques. En effet, les militants des droits de la personne vont attacher leur « humanisme » à la prison, en même temps qu'ils revendiquent de longues peines d'incarcération pour ceux et celles qui tombent sur le coup de la loi contre la torture.

(a) *Les théories de la peine comme « théories de réflexion »*

D'une manière générale, on peut définir les théories de la peine comme des « cadres pour penser » la peine qui serait imposée à un individu reconnu coupable par le système formel de la justice criminelle (Grupp, 1971, cité dans Lachambre, 2008). Elles fonctionnent comme des références, comme des critères de fond pour la formulation et l'évaluation des décisions concernant les peines. En effet, Pires (2007) a attiré l'attention tout récemment sur le fait que la sociologie dispose d'au moins quatre concepts pour caractériser ces théories : (i) le concept de « *théories pratiques* » de Durkheim (1922); (ii) le concept de « *vocabulaire de motifs* » de C. Wright Mills (1940); (iii) le concept de *cadres analytiques* (« *frame analysis* »)[19] de Goffman (1974); et (iv) le concept de « théories de la réflexion » de Niklas Luhmann (1984).

Ainsi, par exemple, pour Mills, les motifs explicités par les acteurs pour justifier des situations (ou des actions) déterminées ne reflètent pas simplement un choix individuel, mais plutôt un choix parmi *un ensemble de motifs prédéterminés et socialement acceptés*: « Along with rules and norms of action for various situations, we learn vocabularies of motives appropriate to them. These are the motives we shall use, since they are a part of our language and components of our behavior" (Mills, 1940: 909). Pires (2007) va dire que concevoir les théories de la peine comme une manière de *motiver* les décisions permet la mobilisation de deux sens du mot « motif » : il indique, d'une part, ce qui oriente la décision et, de l'autre, ce qui justifie la décision déjà prise (Lachambre, 2008 : 4). Cependant, et en dépit de leur intérêt, le concept de Wright Mills et celui de Goffman ont l'inconvénient, *par rapport à la description de ce système d'idées*, d'être trop « généraux » et de ne pas bien exprimer la « densité » que le médium « théorie » ou « système d'idées » fait ressortir.

Autant le concept de Durkheim que celui de Luhmann sont construits, entre autres choses, par opposition à « théories de la science » (Pires, 2008b). Les théories de la peine *ne sont pas alors observées comme des théories du système scientifique mais plutôt comme des théories mises en place*

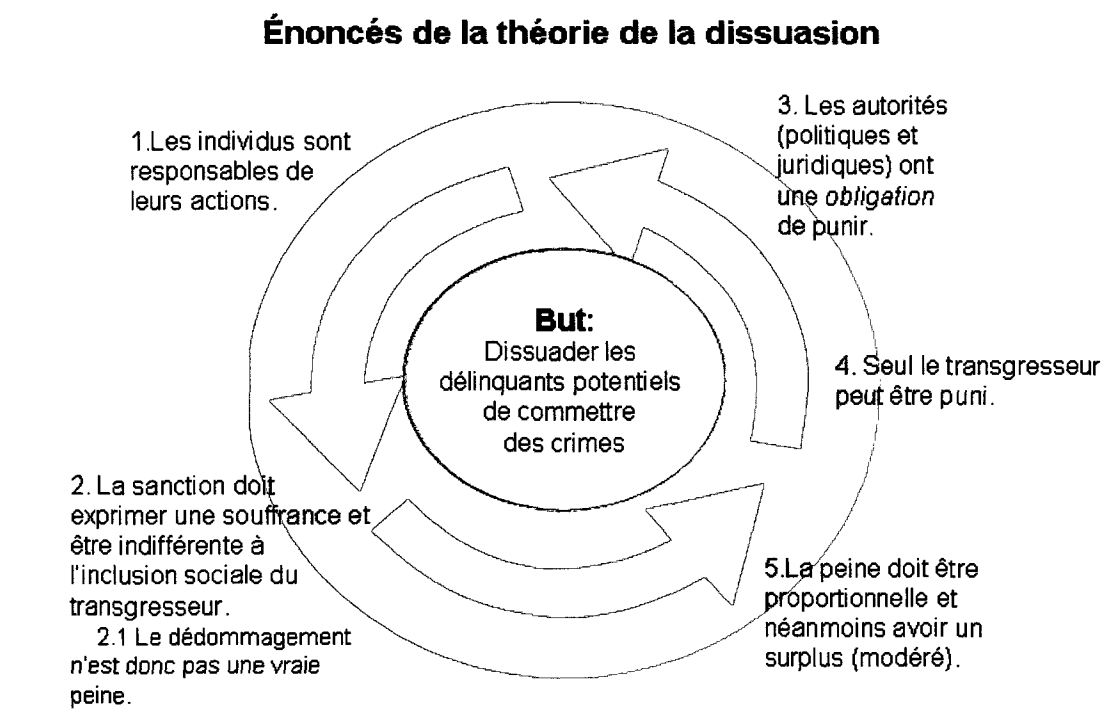
[19] En français, le concept de « *frame analysis* » a été rendu par « cadres de l'expérience ».

et utilisées par d'autres systèmes sociaux de fonction (Pires, 2008b). Remarquons aussi, en reprenant à cet égard explicitement Durkheim (1922 : 67), que ces « théories pratiques » ne sont pas des *descriptions* de la pratique, mais au contraire : elles sont des théories *normatives* qui prescrivent la manière de concevoir la pratique (et non nécessairement de manières de « faire » la pratique).

(b) ***Les énoncés des théories de la peine***

Il est important aussi de noter que chaque théorie de la peine est composée par un *ensemble d'énoncés* (ou de recommandations aux autorités) sur les peines (Pires, 1998b; 1998c). Dit par la négative : ces théories *ne sont pas de simples « objectifs »* comme (i) faire souffrir le coupable d'un mal en proportion égale au mal fait (rétributivisme), (ii) faire souffrir le coupable d'un mal suffisant et proportionnel pour dissuader (dissuasion), (iii) placer le coupable en prison pour le réhabiliter (réhabilitation en prison) ou (iv) faire souffrir le coupable d'un mal pour exprimer une réprobation morale au comportement (dénonciation). Je vais illustrer ici cette combinaison d'énoncés en présentant, à partir d'une étude de Pires (1998b), la reconstruction proposée par la théorie de la dissuasion, décrite plus en détail à la page 36 :

Figure 1.2
Théorie de la dissuasion



Je veux maintenant présenter des éléments centraux des quatre théories modernes de la peine. Rappelons que ces quatre théories sont considérées par la théorie de la rationalité pénale moderne comme « indifférentes au premier plan à l'*inclusion sociale* ». Autrement dit, elles sont toutes des théories de l'*exclusion* (sociale).

i. Théorie de la rétribution

Selon les recherches menées par Pires jusqu'à présent, il semble que la théorie de la rétribution soit la première théorie de la peine au sens moderne, c'est-à-dire la première théorie « à avoir construit une distinction entre différents champs du droit (civil/criminel) et ce de façon à s'auto placer dans la face du *droit criminel.* Il s'agit ainsi de la première théorie à s'auto-opposer à une théorie de la sanction civile et de la sanction administrative » (Pires, 2008b : 14-15).

Grosso modo, on peut dire que la consigne que la théorie de la rétribution donne à l'autorité est la suivante : « La punition est une question de justice et de mérite ou non-mérite. Ainsi, vous l'autorité, ne pouvez pas punir une personne qui ne mérite pas une punition, de la même manière que vous ne devez pas récompenser une personne qui n'a pas fait de quoi mériter la récompense » (Pires, 2008b : 36). Le philosophe Emmanuel Kant est devenu la grande référence pour la théorie rétributiviste même si, en considérant l'ensemble de son ouvrage, il a peu écrit sur la justice ou la philosophie pénale. Or, c'est dans la partie consacrée à sa philosophie pénale qu'on trouve clairement explicitée l'idée de rétribution du mal par le mal, dont le seul but est de « faire (ou de rétablir) la justice », « rétablir l'ordre moral du monde », etc. (Pires, 2008b : 38). L'expiation du mal, à travers la souffrance de l'individu (physique ou psychique) est ainsi la seule manière de rétablir l'intégrité de la société. Le but de la théorie de la rétribution a pourtant une particularité : « il s'accomplit par lui-même et de façon infaillible au moment même que l'autorité inflige une souffrance au coupable» (Pires, 2008b : 37). Autrement dit, l'imposition de la souffrance réalise automatiquement « son but de justice » (Pires, 2008b : 39). De ce fait, observe Pires, il devient impossible à un observateur externe de montrer empiriquement que le but (« rendre la justice ») ne se réalise pas, car il ne réussira pas à montrer empiriquement que la punition proportionnée «ne rend pas la justice». Et pour cette raison, la sociologie en arrive à ne même pas essayer de « vérifier » une telle théorie (Ibidem : 39).

Différemment de la dissuasion, l'objectif de la punition ici n'est pas utilitaire, c'est-à-dire il n'existe aucune utilité d'autre sorte (comme la dissuasion ou la réadaptation) que la punition elle-même. C'est « punir pour punir ou, si l'on préfère, payer le mal par le mal, c'est-à-dire rétablir la moralité et la justice par la souffrance du coupable » (Pires, 1998c : 167). La peine ainsi n'a aucun

objectif de réaliser un bien (concret) à travers le mal infligé; autrement dit, la théorie ne se préoccupe ni des effets, ni de la fonction ni des conséquences de la peine. Celle-ci est due parce que c'est la justice. Point.

Chez Kant, ce n'est pas une question d'utilité, mais d'obligation morale. Même si la peine semble inutile, on ne peut jamais abandonner une punition au nom de la bonne justice. Et le raisonnement sert même face à une société qui va se dissoudre : « Même si la société civile devait se dissoudre avec le consentement de tous ses membres (si par exemple un peuple habitant une île décidait se de séparer et de se disperser dans le monde entier), le dernier meurtrier se trouvant en prison devrait préalablement être exécuté, afin que chacun éprouve la valeur de ses actes, et que le sang versé ne retombe point sur le peuple (...) » (Kant, 1797, cité dans Pires, 1998c : 179-180).

ii. Théorie de la dissuasion

D'après la théorie de la rationalité pénale moderne de Pires, la théorie de la dissuasion, dans sa version moderne, apparaît pour la première fois dans l'œuvre de Beccaria (1764), *Des délits et des peines*. Pourtant, on évoque souvent le nom de Beccaria en raison de son côté humaniste, car il a pris position contre la peine de mort et contre la torture, pratiques largement utilisées à son époque. Plus rarement sera-t-il mentionné pour avoir mis en place de façon plus systématique la variante moderne de la théorie de la dissuasion et, avec elle, les balises vers une nouvelle rationalité pénale qui restera jusqu'à nos jours.

Ici, différemment de la théorie de la rétribution, l'obligation de punir n'est pas reliée à la morale, mais à une utilité. Il faut punir parce que la punition est *utile* pour dissuader les criminels de commettre des crimes. D'où l'identification directe d'auteurs comme Beccaria au courant connu en criminologie et en droit pénal : l'utilitarisme. Pour Beccaria donc, le but du châtiment « ne peut être dès lors que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables » (Beccaria, 1764 : 24).

Le caractère dissuasif de la peine est directement lié à la souffrance qu'elle provoque. Plus de souffrance, plus de dissuasion. Les conséquences (négatives ou non) de la peine ne sont pas considérées comme importantes pour la théorie, c'est-à-dire que ce qui arrive au condamné durant ou après la peine n'est pas au cœur des préoccupations des ces utilitaristes classiques (pour les distinguer des utilitaristes « positivistes »). D'ailleurs, l'État est la seule instance légitime pour imposer des

sanctions et ce, à travers le système pénal. D'autres sanctions (non-afflictives) juridiques ou non, ne sont pas capables de produire le même effet dissuasif.

Cette théorie prend comme présupposé logique que l'individu agit à partir d'un calcul rationnel de coûts/bénéfices et que la peine joue un rôle significatif dans le processus décisionnel. Comme conséquence hautement négative, la peine compterait comme facteur décisif dans la prise de décision de ne pas commettre l'acte.

Sur le plan de la sévérité des peines, la théorie de la dissuasion va dire que la « certitude » de la peine est plus importante que sa sévérité. Beccaria lui-même est très explicite à cet égard : « un des moyens les plus sûrs de réprimer les délits, ce n'est pas la rigueur des châtiments, mais leur caractère infaillible » (Beccaria, 1764 : 46). Le message implicite est que les tribunaux doivent l'appliquer de façon rigide et efficace. Non seulement il faut que loi soit appliquée, mais qu'elle le soit le plus vite possible, parce que le passage du temps fait que les individus oublient les faits. Le pardon est ainsi une réaction impensable de la part de l'État, car cela montrerait aux citoyens la complicité de l'État à l'égard du crime : « la certitude d'une punition, même modérée, fera toujours plus d'impression que la crainte d'une peine terrible si cette crainte se mêle d'espoir de l'impunité » (Beccaria, 1764 : 46). L'enjeu de l'impunité est d'ailleurs une question très importante pour les partisans de la théorie de la dissuasion et ce, jusqu'à aujourd'hui. Selon eux, rien de pire pour la société que le sentiment qu'il n'y a pas de conséquence pour une action jugée mauvaise.

Et en ce qui concerne la moindre importance de la sévérité de la peine par rapport à sa certitude, méfions-nous d'une certaine lecture trop humaniste de Beccaria. Il me semble que son intention était plutôt de marquer une distance entre les supplices et les peines qu'il trouvait « humainement » adéquates. Cela ne veut pas dire qu'on n'ait pas besoin de la souffrance, ni même qu'on ait besoin de peu de souffrance. Rappelons que sans la souffrance, il n'y a pas de dissuasion. L'affirmation de Beccaria indique que la certitude de la peine est *plus* importante que la souffrance, mais celle-ci reste quand même importante dans la punition.

Bref, il s'agit d'une théorie qui s'appuie sur l'obligation de punir, sur la valorisation des sanctions afflictives et sur la négation (ou dévalorisation) des sanctions alternatives ou du pardon.

L'obligation de punir, de même que dans la dissuasion, est très centrale pour la rétribution, à la différence que pour cette dernière il s'agit plutôt d'une obligation *morale*. Et c'est à la justice

pénale que revient le rôle exclusif de rétablir la morale temporairement fragilisée de la société. On attribue souvent cette idée d'obligation de punir à une conception rétributiviste de la peine (Pires et Acosta, 1994). Cependant, cette nécessité de punition est plutôt une caractéristique plus globale de la rationalité pénale puisqu'on la voit aussi clairement dans la perspective utilitariste. En effet, si on revient encore une fois à Kant et à Beccaria, les deux concevaient la punition comme une démarche incontournable, bien qu'à partir de justifications différentes. Chez Beccaria, il s'agit d'un impératif de connotation utilitaire : pour être utile, la peine doit être certaine. Sinon elle n'aurait pas son effet dissuasif. La position de Beccaria s'explique mieux si on revient à sa notion de « contrat social ». Pour lui, le contrat social n'est pas avec le souverain : c'est un pacte de « tous avec tous ». De ce fait, la transgression de la loi n'est pas une violation du contrat bilatéral entre l'offenseur et le souverain, mais plutôt la rupture du pacte avec tous les autres individus. L'offenseur est ainsi devenu l'ennemi de tous et le souverain n'a plus le droit de ne pas le punir (Pires et Acosta, 1994 : 28).

Il est intéressant de noter qu'au fond, les deux perspectives (dissuasion et rétribution) sont aptes à défendre tant une augmentation des peines qu'un adoucissement. Elles comptent sur des arguments « bidirectionnels » (Pires et Garcia, 2007) qui peuvent ainsi s'en aller dans les deux directions : une augmentation de la peine peut être justifiée à partir de la théorie de la rétribution (le crime est finalement plus grave qu'on a pensé) ou de la théorie utilitariste (la peine n'était pas assez sévère pour dissuader le criminel. De la même façon, on peut justifier une diminution de la peine en utilisant la logique de la rétribution (l'infraction n'est pas trop grave, alors il est juste de donner une peine moins grave) ou la logique de la dissuasion (les crimes moins graves doivent être punis avec des peines moins sévères de sorte que le pouvoir dissuasif ne soit pas banalisé). Bref, « le conflit qui les oppose [les perspectives utilitariste et rétributiviste] ne concerne pas le législateur, mais seulement le philosophe, dans la mesure où elles ne cherchent qu'à formuler la meilleure justification possible aux pratiques de l'État » (Pires et Acosta, 1994 : 12).

iii. Théorie de la réhabilitation

Même si la théorie de la réhabilitation n'apparaît pas dans mes données autant que les autres, surtout pas pour justifier le choix des peines, il me semble néanmoins important d'en dire un mot. Cette théorie émerge aussi à la fin du XVIII[e] siècle avec la naissance de la prison (Rothman, 1971; Foucault, 1975). Elle ajoute, à ce système d'idées, un élément nouveau au portrait proposé par les théories de la rétribution et de la dissuasion. Bien que centrée au premier plan sur l'idée d'exclusion, la théorie de la réhabilitation va indiquer aux autorités un autre objectif de la peine : celui de concevoir le pénitencier comme un lieu de réhabilitation du délinquant et de mettre alors en place les

mesures, les critères de décision, et les institutions nécessaires à cette tâche (Pires, 2008c). En fait, plutôt que de rompre avec la « structure cognitive » qui est stabilisée par les théories de la dissuasion et de la rétribution, la théorie de la réhabilitation donne plutôt à la rationalité pénale moderne la possibilité d'évoquer d'autres « bonnes » raisons pour valoriser l'enfermement et résister aux sanctions alternatives (Dubé, 2008 : 53).

Contrairement aux deux autres théories, celle de la réhabilitation n'est pas entièrement fondée sur l'idée de causer une souffrance au coupable. Cependant, et surtout jusqu'au début du XX^{e} siècle, cette théorie restera *ambivalente* à l'égard de l'imposition *intentionnelle* de la souffrance et de la privation[20]. Pour « réformer » le délinquant, il faut ainsi l'isoler de la société pour une période suffisamment longue afin de permettre à la « réforme » de se faire, et cette réforme peut exiger des formes particulières de privation et de stimulus positifs pour amener le délinquant à participer à sa propre réhabilitation. Concernant la valorisation de l'incarcération, la réadaptation croise et alimente la rationalité pénale moderne.

La théorie souligne aussi que l'évolution de la théorie de la réhabilitation des XVIIIe et XIXe siècles a donné naissance à une *autre* théorie de la réhabilitation, cette fois située *en dehors* du système de pensée de la RPM, notamment à partir des années 1950-1960. Une des caractéristiques de cette nouvelle théorie de la réhabilitation est qu'elle n'est plus centrée sur l'enfermement et moins encore sur les longues peines d'incarcération.

Ce dernier point est très important pour moi *justement parce que cette théorie n'est pas invoquée par mes informateurs* (interviewés). Cela veut dire que lorsqu'ils actualisent l'idée de réhabilitation, c'est à l'une des théories de la peine formant la RPM qu'ils font référence. Comme nous le verrons, cet « appel » à la théorie de la réhabilitation pour « appuyer leurs idéaux humanistes » ne sera pas alors en mesure de rendre la marchandise : ils resteront prisonniers, au premier plan, de l'idée d'*exclusion sociale* soutenue par ce système d'idées. Ici, il y a peut-être en germe une « sortie d'urgence » du cercle vicieux de la souffrance, alimenté par la RPM (rétribution, dissuasion, dénonciation et « première version » de la théorie de la réhabilitation).

[20] Cette ambivalence est parfaitement exprimée dans la « Déclaration de principes » du *National Congress on Penitentiary and Reformation Discipline* (1871). Dans leur définition de la punition, on lit ceci : « *Punishing is suffering inflicted on the criminal for the wrong done by him with the special view to secure his reformation* » (cité dans Pires, 2008c). Par la suite, cette déclaration s'oppose à différentes manières par lesquelles la prison infligeait habituellement la souffrance aux prisonniers.

iv. Théorie de la dénonciation

Je dois faire ici aussi une référence spécifique à la « théorie de la dénonciation »[21] et ce, pour trois raisons. Tout d'abord parce que les idées soutenues par cette théorie ne sont pas absentes de mon matériel empirique. Deuxièmement, parce que cette théorie commence à peine à recevoir un traitement systématique par la théorie sur la RPM. Il est alors important d'explorer cet aspect ici. Troisièmement, parce que la diffusion de cette théorie a été très grande pendant la période historique à l'intérieur de laquelle se trouve ma recherche, c'est-à-dire à partir de la deuxième moitié du XX^{e} siècle (Lachambre, 2008 et Possas, 2005).

En effet, la théorie de la dénonciation (et aussi la théorie de la prévention générale positive) commence à être constituée et sélectionnée comme une théorie indépendante de la peine à partir des années 1950. Sans vouloir rentrer dans cette discussion (à cet égard, voir Lachambre, 2008), ce qu'il importe de souligner est qu'elle partage certains éléments-clés communs avec les théories de la rétribution et de la dissuasion, ce qui l'amène à « faire partie » du même système d'idées. Plus encore, la théorie de la dénonciation fait même partie de sa « matrice nucléique » (j'y reviendrai). Autrement dit, elle partage l'idée centrale que pour arriver à un « bien » (dans ce cas, le renforcement de la morale des systèmes psychiques des honnêtes citoyens), l'autorité doit chercher à infliger intentionnellement une souffrance à l'inculpé (concept de peine).

Lachambre (2008) est d'accord avec d'autres auteurs pour attribuer la « paternité » de cette théorie au juriste anglais du XIXe siècle, Sir James Fitzjames Stephen, même s'il mentionne aussi le fait que le sociologue français, Émile Durkheim, est aussi souvent indiqué dans la littérature spécialisée comme étant un autre père fondateur de ladite théorie. Il faut toutefois noter que, dans la tradition romano-germanique qui utilise plutôt l'expression « théorie de la prévention générale positive », l'auteur Heinrich Maier (1908) est aussi indiqué comme le responsable de l'une des premières formulations de cette théorie en Allemagne (Lachambre, 2008 : 12). Que ce soit dans la tradition de la *common law* ou dans la tradition romano-germanique, l'élément central d'une telle théorie est l'*exigence* que l'autorité soit disposée à accompagner, dans les grandes lignes, les expectatives du public à l'égard de la peine afflictive. Pour utiliser un néologisme anglais, la théorie soutient que les autorités publiques doivent être « responsives » aux attentes du public quant à la

[21] Dans un article publié au Brésil, j'ai déjà moi-même eu l'occasion d'observer une sorte de théorie fonctionnellement équivalente à celle de la dénonciation qui se présente dans la tradition juridique du droit romano-germanique (Possas, 2005). Dans cette tradition, cette théorie a reçu l'appellation de « théorie de la prévention générale positive ». Il y a quelques différences « philosophiques » entre elles et surtout des différences dans les trames discursives de la doctrine juridique (par opposition au discours des tribunaux ou du législatif).

peine. Pour cette théorie, le fondement du droit de punir serait la nécessité, pour le système politique et pour le système de droit criminel, de donner satisfaction aux sentiments des gens honnêtes, sentiment qui a été dérangé par la perpétration (connaissance) d'un crime.

L'élément de la théorie considéré comme nouveau réside dans l'importance qu'elle accorde à l'« opinion publique » comme critère de détermination du palier de sévérité des peines (afflictives). Ainsi, l'autorité établirait certains seuils de sévérité à partir du point de vue du public. Le droit criminel, à travers la peine afflictive, doit alors « dénoncer » le crime en appliquant une peine (afflictive) dont la sévérité correspond grosso modo aux attentes du public. Ce degré de sévérité est censé exprimer à son tour le degré de désapprobation de l'acte par le public. En plus, la peine confirmerait aux « gens honnêtes » que leurs sentiments contraires au crime et au criminel sont « adéquats » et « corrects », et qu'ils doivent continuer à agir comme si rien ne s'était passé, c'est-à-dire comme si la violation de la norme n'avait pas eu lieu, de sorte que la prohibition du comportement continue d'être « valide ». Dans la formulation de Stephen, la théorie justifierait aussi la « haine contre les criminels » :

> In short, the infliction of punishment by law gives definite expression and a solemn ratification and justification to the hatred which is excited by the commission of the offence [...]. The criminal law thus proceeds upon the principle that is morally right to hate criminals, and it confirms and justifies that sentiment by inflicting upon criminals punishments which express it (Stephen, 1883, cité dans Lachambre, 2008: 23).

Quant aux peines, Stephen exprime clairement qu'il faut qu'une souffrance soit infligée au coupable et la peine doit être telle qu'elle puisse être vue comme un « great damage, direct and indirect, upon those who commit [crimes] » (Stephen, 1874, cité par Lachambre, 2008 : 27). De plus, il va dire que la punition n'est pas conçue pour bénéficier au condamné : « punishment is not intended to benefit the *sufferer* » (Ibidem: 27, c'est moi qui souligne). Dans ce scénario, il est difficile de penser à des options de peines telles que le dédommagement, car l'élément « visibilité de la souffrance » ne serait pas assez assuré, selon la théorie. La même remarque vaut pour les autres peines non carcérales et non corporelles et encore davantage pour le pardon. Même si l'accent est mis sur la perte de la liberté et de la vie, la théorie de la dénonciation, comme les théories de la dissuasion et de la rétribution, ne ferme pas la porte à des sanctions touchant la propriété du coupable (comme la confiscation et l'amende). En effet, Stephen va dire que la pratique d'un crime doit entraîner, outre l'infamie, la perte d'un « bien » comme la vie, la propriété ou la liberté (Stephen, 1883, I : ix ; cité

par Lachambre, 2008 : 28). Dans d'autres passages, Stephen défend même encore la peine (corporelle) de fouet, laquelle à son avis devrait être encore plus sévère : « I think, too, that the punishement of flogging should be made more severe. At present it is little, if at all, more serious than a birching at a public school" (Stephen, 1883, II: 92, cité par Lachambre, 2008: 28).

Ainsi, dans sa formulation initiale, la théorie de la dénonciation valorise un type de punition qui *rend visible* la souffrance de l'inculpé. Et même si Stephen mentionne la perte de propriété comme une réponse possible au crime, l'amende conserve chez lui un statut ambivalent et tout particulier, vu qu'elle s'approche trop, pense-t-il, des « sanctions civiles » et que, dans la pratique des tribunaux, c'est une peine plus utilisée pour régler les conflits dits « administratifs » (Lachambre, 2008 : 28). De ce fait, elle serait une peine de moins de prestige, ou moins forte ou infamante, face aux autres possibilités de punition (prison, fouet, mort).

Soulignons aussi que ce système d'idées est lui-même générateur d'idées, de principes et de définitions savantes qui sont dépendantes des théories de la peine. Parmi les définitions, les deux exemples les plus importants sont, d'une part, la définition *de crime* et, d'autre part, la définition *de peine*. On définira alors le crime *par la peine* (Pires, 2002; 2003a), en disant que « le crime n'existe pas *sans peine* » et on définira la *peine* par « l'intention de l'autorité d'infliger une souffrance au coupable », définition qui sera sélectionnée et stabilisée d'abord par la théorie rétributiviste (dans le système religieux puis de droit) et ensuite par la théorie de la dissuasion et par la théorie de la réadaptation (Pires, 1998a; 1998c; 2008b). En plus, une série de prémisses « prédécisionnelles » communes ressortent de ce système telles que (1) l'obligation de punir; (2) la valorisation des peines afflictives; (3) le statut privilégié du système de droit criminel pour « protéger » la morale et/ou la société; (4) l'exclusion du pardon et du dédommagement comme peines suffisantes en matière criminelle, etc. Selon la théorie, ce système d'idées forme une unité au plan du savoir (Pires, 2004) et soutient une sorte de « reproduction normale » (par opposition à une reproduction déviante ou innovatrice) de la configuration générale du système de droit criminel occidental, notamment en ce qui concerne les sanctions.

(c) *Théories des moyens exclusivement négatifs*

Inspiré par les réflexions de G. H. Mead (1918), Pires (2002; 2003a; 2004) soutient que ces théories des moyens exclusivement négatifs ont certaines caractéristiques : « elles vont concevoir la protection de la société (ou l'affirmation des normes) de manière hostile, abstraite, négative et atomiste. Hostile parce qu'elle représente le transgresseur comme un ennemi de tous et pour établir

une sorte d'équivalence nécessaire, voire ontologique, entre la valeur du bien offensé et le degré de souffrance que l'on doit infliger au coupable. Abstraite parce que l'on reconnaît que la peine cause un mal concret et immédiat, mais ce mal est représenté comme produisant un bien immatériel et médiat pour le groupe (« rétablir la justice par la souffrance du coupable »; « renforcer la moralité des honnêtes gens »; « dissuader du crime », etc.). Comme l'affirme Bentham (1840, cité dans Pires, 2003a : 521) de manière lapidaire, « la peine produit un mal [concret et immédiat] de premier ordre, et un bien [abstrait et médiat] de deuxième ordre : elle inflige une souffrance à l'individu et, dans ses effets secondaires, la peine transforme tout en bien; elle intimide les individus dangereux, elle fortifie les innocents et elle est la seule sauvegarde de la société ». Négative, puisque ces théories, comme nous l'avons déjà dit, excluent toute autre sanction ou mesure qui vise à réaffirmer la norme par l'entremise d'une action positive (la réparation pécuniaire, les ordonnances permettant un traitement en liberté, etc.). Et, enfin, *atomiste*, parce que la peine, dans la meilleure des hypothèses, n'a pas à se préoccuper avec des liens sociaux concrets entre les gens, sauf de façon entièrement secondaire et accessoire » (Pires, 2004).

1.2.5 La rationalité pénale moderne et le système politique

Les recherches sur la RPM ont indiqué, dès la première période (antérieure à l'adoption de la théorie des systèmes), que les théories de la peine sont actualisées dans *diverses* trames et circuits de communication. Dans la religion, dans la philosophie pénale, dans le gouvernement, dans le droit criminel, dans les mouvements sociaux, chez les éducateurs, dans les médias de masse, dans la science, etc. Ces trames peuvent actualiser et reproduire ce système d'idées. Mais Pires (2008b) attire l'attention sur le fait que ces diverses *actualisations* ne sont pas nécessairement *du même ordre*. La théorie sur la RPM doit alors rendre compte de certaines différences. Dans certains cas, en effet, les théories de la peine sont actualisées pour « appuyer » ou pour « accompagner » des communications de protestation ou de revendication. Cela arrive souvent dans les communications des mouvements sociaux ou du système de médias de masse, par exemple. Dans d'autres cas, ce système d'idées est actualisé pour appuyer ou pour accompagner (ou réagir contre) des *décisions* prises dans des *organisations* qui sont chargées de décider *politiquement* ou *juridiquement* en matière de peines (Parlement, tribunaux, administration pénitentiaire, etc.). Dans le cas de notre recherche, nous verrons qu'il y a une combinaison de ces deux scénarios : la RPM sera actualisée, d'une part, par des « groupes de pression » et par le système de médias de masse à titre de « revendications » et, d'autre part, par le gouvernement et par le Parlement à titre de décisions politiquement engageantes pour tout le monde.

En effet, des recherches (telles Pires, Cellard et Pelletier, 2001 et Pires et Garcia, 2007) – ainsi que le système de médias – montrent que le système politique (gouvernement, parlement) actualise *le même système d'idées* que le système de droit criminel, la rationalité pénale moderne, dans certaines de leurs opérations. Or, pour ce qui est du système de droit criminel, ce système d'idées est intégré, comme je l'ai dit précédemment, à ses propres opérations décisionnelles et aussi à la construction de ses autoportraits dominants. Les théories de la peine, par exemple, sont traitées par la doctrine juridique comme des théories « fondatrices » ou « à la base » du droit criminel. Je soulignais dans la session précédente qu'elles vont contribuer non seulement à informer concrètement les décisions quant aux peines, mais aussi qu'elles vont concourir à la formation du portrait identitaire du droit criminel. Le thème de la punition, tel que sculpté par la rationalité pénale, a toujours été une question centrale du droit criminel à partir du milieu du XVIII^{e} siècle.

Quant au système politique, la première grande différence à signaler est que ces théories de la peine ne « fondent » absolument pas le système lui-même. Au plus, elles sont une forme d'expression du pouvoir politique, une forme de « vengeance du roi » ou « de la société » telle que représentée par l'autorité politique (Foucault, 1975) qui crée une législation à laquelle elle attribue un statut particulier et/ou des peines particulières en s'inspirant, elle aussi, de ce même système d'idées. Nous verrons maintenant comment la distinction médium/forme peut nous aider à comprendre et à décrire ce « double usage » de la RPM : l'usage *politique* et l'usage *juridico-criminel*.

Tout d'abord, sur le plan de la réproduction des idées, il ne faut pas oublier quelques caractéristiques propres aux systèmes sociaux (selon la théorie des systèmes). Ceux-ci n'incorporent pas purement des informations de l'extérieur telles qu'elles s'y trouvent : le système qui les reçoit va les « traiter » avant de les incorporer à sa propre dynamique interne. Et ce « traitement » est fait à partir des paramètres internes au système, c'est à dire son code, ses programmes, ses finalités, son langage, etc. Ainsi, les théories de la peine seront « traitées » différemment par chaque système et ce, même si ces systèmes ne modifient pas les énoncés spécifiques qu'ils actualisent dans leurs communications respectives. En dépit de l'existence d'un sens partagé, il y a aussi une *modification informative* du sens en raison du processus même de réception (Pires, 2009 : 3). Les théories de la peine, pour la politique, doivent ainsi acquérir du sens pour l'autopoïèses du système politique et la même remarque vaut pour le système de droit criminel. On pourrait ainsi dire que le système récepteur aurait un rôle actif et décisif dans la forme spécifique que prendra l'énoncé ou la théorie transférée.

Les théories de la peine, en tant que *médium*, ne se modifient pas, comme les recherches empiriques le montrent, mais elles s'inscrivent dans des circuits décisionnels distincts et prennent une connotation juridique ou politique selon le système (de communication) qui l'actualise. Mon propos ici est ainsi de traiter les théories de la peine comme un *médium*, où la forme serait donnée par chaque système, à partir des ses structures cognitives internes.

Cette distinction *médium/forme* renvoi à l'idée de *ne pas identifier* le véhicule ou le moyen de transmission (*médium*) d'une information, concept, théorie, adage, etc., à sa *forme spécifique*, c'est-à-dire au sens actualisé à un moment donné dans un cadre communicationnel spécifique (Pires, 2009 : 9). Un médium peut alors prendre, et prend effectivement, différentes formes.

Le médium est plus stable dans le temps que la forme; il est aussi plus flexible. En d'autres mots, il ne va pas se transformer en tant que médium, même s'il peut acquérir plusieurs formes. D'ailleurs, les médiums sont toujours disposés à accueillir de nouvelles formes externes (Corsi et Esposito, 1997 : 58, cité dans Pires, 2009 : 12). Les formes, par contre, sont moins durables dans le temps et aussi plus rigides, car elles seront toujours une *forme-dans-un-médium* (Dubé, 2008). Quand elles sont construites, pour paraphraser Corsi et Esposito (1997 : 59, cité dans Pires, 2009 : 11), les formes « imposent » au médium « une connexion plus stricte » avec d'autres aspects de la communication spécifique. C'est pour cela que les formes vont aussi disparaître plus rapidement et plus facilement que les médiums. Comme le souligne Pires (2009 : 12), la sélection d'une forme particulière « *suspend* les autres, mais *ne les élimine pas nécessairement* ».

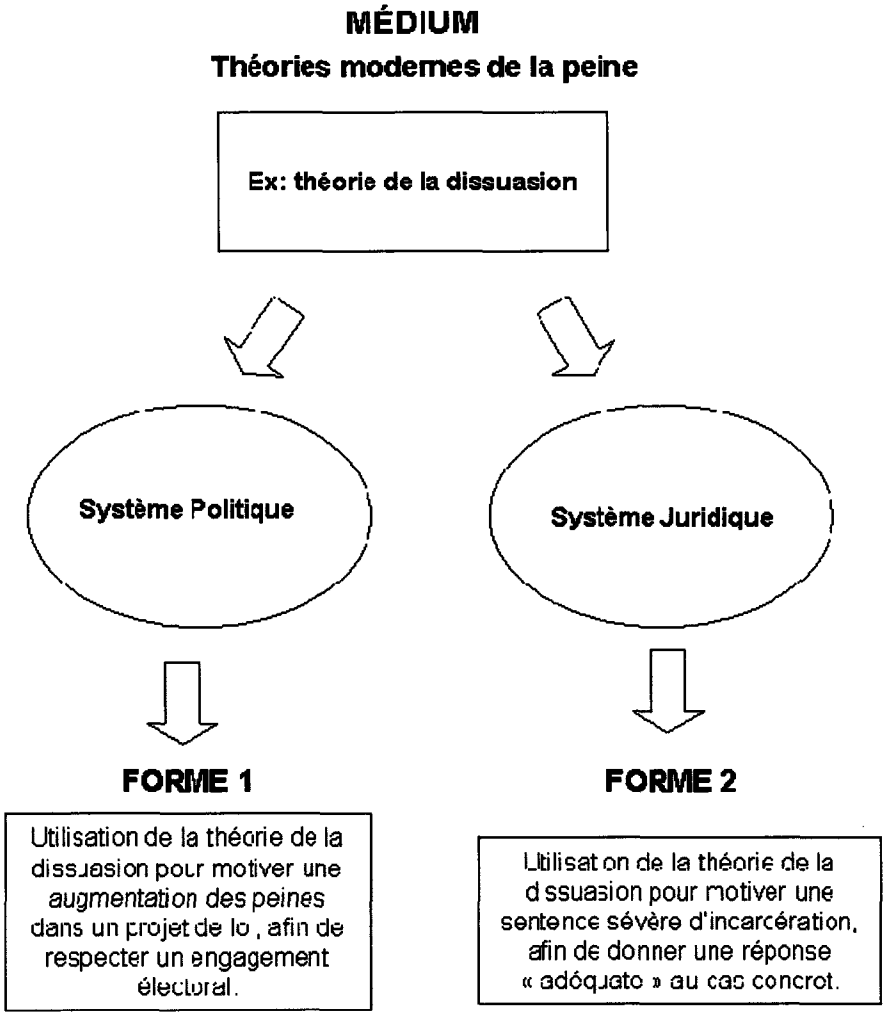
Pour exemplifier l'usage de cette distinction, Pires (2009) prend le mot « égalité ». Le mot en tant que tel est un *médium*, tandis que les propositions spécifiques qui sélectionnent ce médium et précisent un des sens possibles à lui attribuer sont les *formes*. La construction de l'idée que « tous sont égaux devant la loi » est une des formes possibles données au concept « égalité ». « Tous doivent avoir les mêmes opportunités » serait ainsi une autre forme possible. Lorsqu'on dit que le médium est plus stable dans le temps que la forme, cela signifie simplement que le concept ou la valeur « égalité » est plus durable si on le compare avec une proposition spécifique sur l'égalité. La probabilité qu'une actualisation particulière de l'idée d'« égalité » soit abandonnée, rejetée ou substituée par une autre forme est beaucoup plus grande que la probabilité d'abandonner ou modifier complètement le médium « égalité ».

Un aspect important de la distinction pour cette recherche est qu'il y a toujours plusieurs options de formes qui peuvent être attribuées au même médium par un système donné. Quand le système choisit une forme déterminée, les autres options sont temporairement suspendues, mais ceci ne signifie pas qu'elles disparaissent. Elles continuent toujours à exister comme des « réserves gardées ou des possibilités » (Pires, 2009 : 12) disponibles pour le système. Un développement et une complexification de cette question (médium/forme) surviennent lorsque deux (ou plusieurs) systèmes de fonction ou circuits de communication font usage d'une même théorie pour l'appliquer à des pratiques distinctes.

Pensons ici à une théorie de la peine qui est utilisée par le système politique ainsi que par le système de droit (criminel). Au-delà de son sens partagé (entre les deux systèmes), cette théorie sera à certains égards employée de manière différente par le simple fait de s'inscrire dans des opérations d'un autre système de fonction. Or, cette différence n'est pas donnée par les énoncés des théories de la peine elle-même: l'hypothèse ici est qu'il y a une différence *systémique* ajoutée au *médium* « théorie de la dissuasion ». Par exemple, les deux systèmes (politique et de droit) peuvent dire que « le but de la peine est de protéger la société contre le crime », mais chaque système ajoute un « sens systémique » propre à cet objectif proposé par la théorie. Bref, le contenu de la théorie reste le même, mais la signification de son *application* (*dans* et *par* chaque système) se modifie.

Revenons à l'utilisation d'une même théorie de la peine, par exemple celle de la dissuasion, par les deux systèmes (politique et de droit). Quand le système politique sélectionne cette théorie, il va le faire dans le cadre de sa dynamique interne : pour montrer au premier plan à son public qu'il prend au sérieux des revendications qui lui ont été adressées, pour honorer des accords internationaux, pour obtenir des votes, etc. Cette théorie peut être considérée comme convenable pour motiver *politiquement* une peine qu'il a sélectionnée pour figurer dans une loi, etc. Par ailleurs, du point de vue du système de droit criminel, la théorie de la dissuasion sera utilisée, par exemple, lors des jugements rendus par les tribunaux, à partir d'autres motivations (comme celle, entre autres, de trouver la solution la plus adéquate au cas).

Figure 1.3
L'utilisation des *théories modernes de la peine* par les deux systèmes de fonction



Or, en dépit du fait que chaque système va construire ses propres formes à partir des médiums sélectionnés, il y a quand même un sens minimal propre aux mots et aux « théories » auquel il est difficile d'échapper si l'on souhaite être compris. Pires (2009 : 6) nous rappelle ainsi, en faisant référence à un travail de Luhmann, qu'un *cheval* n'est pas une *jument* et qu'*égalité* n'est pas *liberté*. On peut ainsi dire qu'il y a toujours des frontières aux mots et aux théories, c'est-à-dire des limites à ce que l'on peut leur faire dire. De même, dissuasion n'est pas réhabilitation.

Les *théories* de la peine peuvent elles aussi être utilisées comme des médiums pour des décisions qui prennent une forme dans des communications politiques et d'autres formes dans des communications juridiques. De ce fait, ce n'est pas parce qu'une forme spécifique (disons, *juridique*) a été attribuée à un médium (la théorie de la dissuasion) que d'autres formes (disons, *juridiques*) ne pourraient parfaitement l'être aussi. Comme le rappelle Pires (2009 : 10), en se référant à Luhmann, « cette distinction est alors interne au système » et « du coup, le contraste entre l'interne et l'externe se trouve atténué, car on est amené à prendre conscience que l'observation de ce qui est externe se fait par une construction (la distinction médium/forme) qui est interne au système ».

Pour arriver à d'autres formes à partir d'un même médium, il faut revenir au médium pour y trouver le stock des formes non actualisées, autrement dit, pour « explorer ses réserves » (Pires, 2009 : 12). Pires et Cauchie (2007) ont montré récemment que, dans une de ces opérations, le Parlement au Brésil a justement donné un autre sens au médium *peine* dans le cas d'un article de loi incriminant la consommation de certaines drogues. Aucune des trois peines sélectionnées (avertissement sur les effets des drogues, prestation de services à la communauté et participation à un programme ou à un cours éducatif) n'est considérée comme une peine par la RPM. Cependant, les réserves d'une théorie, justement parce qu'elle est plus précise et produit par elle-même un plus grand nombre d'exclusions, sont plus restreintes que les réserves d'un mot ou d'un concept tout seul.

On peut maintenant se poser une autre question, même si sa réponse restera en partie ouverte. En effet, si on parle de sélection des *formes* par rapport à chaque médium, comment expliquer qu'il y ait, au moins dans le cas des peines d'incarcération, une répétition *ad nauseam* des mêmes sélections, comme si les « réserves de sens » restaient possibles ? Y a-t-il ici vraiment, lorsqu'on parle de « sélection », l'exercice d'un choix?

Il n'existe aucune consigne, règle ou contrainte pour que les deux systèmes, politique et juridique, reproduisent nécessairement les mêmes sélections quant aux peines. Cependant, empiriquement, c'est exactement ce qui arrive : les deux systèmes, chacun à sa manière, sélectionnent de façon dominante certains types de peines (prison, amende et peine capitale) et en excluent d'autres, particulièrement pour les crimes plus graves ou en cas de récidive.

Je pense qu'ici se trouve l'un des problèmes centraux de l'immobilisme quant au thème des peines, autant dans les communications politiques que juridiques. Quand on parle de « sélection » d'un sens attribué à un objet, comme celui de la peine, opérée soit par un système social, soit par un

système psychique (l'individu), on n'est pas dans une situation où il nous est effectivement possible de choisir une des options présentées. En fait, il n'y a pas d'« options ». Ni les individus ni les systèmes ne font ici un recul critique du système d'idées dominant, la RPM, pour réfléchir et mettre en question les contenus des communications. C'est comme si lesdits contenus étaient tellement évidents, tant pour les émetteurs que pour les récepteurs, qu'on n'arrivait pas à regarder au-delà et à envisager d'autres possibilités de composition des idées.

Cette situation est ainsi caractérisée par l'absence de « liberté cognitive », c'est-à-dire de la capacité de distinguer et de se rendre compte des alternatives décisionnelles (Corsi, 2005 : 75, c'est moi qui traduit). Si on n'est pas capable de distinguer les alternatives disponibles, on n'est pas capable non plus, effectivement, de faire un choix minimalement « conscient ». Lorsque la politique actualise les théories de la peine, elle reprend, en général, les mêmes idées depuis au moins deux siècles, telle: « il faut que la peine soit suffisamment sévère (prison) pour dissuader ou rétribuer le mal causé par le crime ». Le manque de « liberté cognitive » réside justement dans le fait que le système politique (ou juridique) s'enferme dans un système d'idées et ne peut percevoir qu'il existe des alternatives décisionnelles pour la peine, comme celle de conceptualiser autrement la « peine », celle de recourir à l'idée de dissuasion ou de rétribution sans l'associer directement à la peine afflictive, etc. Les alternatives, ou les options non actualisées, restent ainsi dans la zone ombrée du « champ de vision » du système.

1.2.6 Deux paradoxes soulevés par la théorie de la *rationalité pénale moderne*

La théorie sur la RPM a attiré mon attention sur deux paradoxes sans néanmoins les développer et sans leur donner un traitement empirique systématique. Or, ces deux paradoxes font l'objet de cette recherche. Le premier porte sur les rapports entre « humanisme et théories de la peine » ou encore, plus spécifiquement, entre « théories de la peine et *droits de la personne* ». Le deuxième paradoxe, en partie relié au premier, concerne la manière par laquelle des individus (ou des mouvements sociaux) qui se définissent comme étant de « gauche », « progressistes » ou « humanistes », se situent par rapport à ce système d'idées. Je vais présenter ici ce que la théorie a indiqué par rapport au premier paradoxe et, par la suite, ce qu'elle a dit du deuxième.

En effet, dans certains écrits du début de la première phase (Pires et Vallières, 1986; Pires, 1991c; Pires, 1995; Pires, 1998d), la théorie a identifié, à plusieurs reprises, un problème « intrigant » entre, d'une part, les théories de la peine et, d'autre part, les thèmes de l'« humanisme », de la « sévérité » et des « droits de la personne ».

Par rapport au thème de l'*humanisme*, et sans doute sous l'influence des critiques faites à l'« humanisme » des réformateurs du droit par Foucault (1975), le problème s'est posé sur la manière par laquelle les théoriciens de la peine ont traité le thème de l'*humanisme* et celui de la *sévérité* des peines. Par *théoriciens* de la peine, j'entends ceux qui ont *fondé* ou *appuyé* l'une ou l'autre des théories formant la RPM[22]. Or, les recommandations faites aux autorités par eux ou à l'intérieur de « leurs » théories sont, pour reprendre une observation de Pires et Garcia (2007 : 293), « bidirectionnelles » : elles sont *à la fois en faveur de l'humanisation de la justice et contre l'humanisme dans la justice*. Et, dans le cas de la sévérité, ces théories ont été aussi *à la fois pour la sévérité* et *pour la modération (de la sévérité)*. Pires (1998d : 55) a désigné cela par l'expression « *l'énigme de l'humanisme répressif* ». Cette énigme a été présentée de la façon suivante : « *Toutes* les théories conventionnelles de la peine, soient-elles utilitaristes ou rétributivistes, tiennent à être répressives et insistent sur la nécessité ou sur l'obligation de punir - et ce à différents degrés - alors même qu'elles se présentent du même coup comme «humaines», voire favorables (dans un grand nombre de cas) au principe de modération ou de la dernière instance ». (Pires, 1998d : 55). Pires va insister sur le fait que, dans le cadre de ces théories, le principe de modération trouve vite ses limites, particulièrement dans le cas des crimes graves.

Pires (1991b) a montré que cette énigme comportait aussi une sorte de « débat interne » entre les théories de la peine. Les théories non seulement se positionnaient de façon paradoxale, voire contradictoire (ou « optionnelle »), par rapport à ces thèmes (humanisme et sévérité), mais elles s'engageaient même dans une « dispute » l'une face à l'autre sur ces thèmes. Par exemple, la théorie moderne de la dissuasion «s'autoprésente» comme étant en faveur de l'« humanisme » et de la « modération » (pensons à Beccaria), mais critique la « philanthropie » de la théorie de la réhabilitation en prison. En critiquant cette théorie « philanthropique », Beaumont et Tocqueville diront alors que le but de la véritable philanthropie « n'est pas de rendre les prisonniers heureux, mais meilleurs» (Perrot, 1984:21; citée par Pires, 1991b : 83). Il est significatif de voir ici le déplacement sémantique opéré par Beaumont et Tocqueville : la « philanthropie » (théorie de la réhabilitation) voulait rendre les prisonniers « bons citoyens » et non « heureux ». Et elle trouvait que la « privation », voire la nature souffrante de la peine, étaient des éléments nécessaires à la « guérison ». De cette façon, cette théorie aussi se garde de «s'autoprésenter» comme « trop humaine ». Selon Pires (1991b : 98), le dilemme de chaque théorie de la peine devient alors le suivant: « comment être humaniste sans céder

[22] Aux XVIIIe et XIXe siècles, nous pensons à des auteurs comme Beccaria, Adam Smith, Bentham, Kant, Beaumont et Tocqueville, Garofalo, etc. Les philosophes contemporains de la peine sont aussi inclus.

à l'humanisme ? ». C'est dans ce travail que Pires note que l'« *intention humaniste* » ne fait pas obstacle à la reproduction des théories de la peine : un individu peut avoir des intentions humanistes et, pour cette raison même, soutenir la sévérité des peines. Ce constat devient encore plus évident plus tard, dans le cadre d'une étude portant sur la « doctrine de la sévérité maximale » au XVIIIe siècle. Cette doctrine soutient la nécessité des supplices pour réduire la criminalité et, en même temps, «s'autoprésente» comme « humaine » ou favorable à l'humanisme (Pires, 1998d). Enfin, ce paradoxe *théories de la peine/humanisme* va prendre une forme encore plus spécifique lorsque la théorie explore les relations entre, d'une part, les théories de la peine et, d'autre part, les *droits de la personne* (Pires, 1995; 2002; 2004; et Pires et Garcia, 2007, Garcia, 2009).

Dans certains écrits et communications orales, et en transposant une expression de Feeley et Simon (1994 : 190), Pires (2004) est venu à caractériser ce système d'idées formé par les théories de la peine comme étant « pré-politique » ou « trans-politique ». Je vais revenir sur ce thème plus tard dans le chapitre IV, mais comme cette appellation est un peu déroutante et que ma recherche tente de faire des contributions majeures sur ce terrain, je vais immédiatement l'introduire à l'aide de quelques remarques. Par là, la théorie voulait souligner que les distinctions gauche/droite ou progressistes/conservateurs ne divisaient pas les eaux entre ceux qui actualisaient la RPM et ceux qui ne le faisaient pas. C'est comme si ce système *était traversé* par les diverses positions politiques, pouvant prendre différentes formes à chaque moment, mais sans néanmoins être automatiquement exclu par elles. Autrement dit, un système d'idées mis à la disposition des positions politiques. Pires (2004 : 45) dit ainsi que tout se passe comme si ce système d'idées se sédimentait « avant et indépendamment des visions politiques du monde ». Par là, il veut indiquer qu'un mouvement social de gauche, ou un système psychique qui se décrit comme de gauche, pouvait actualiser, et *actualisait effectivement*, l'une ou l'autre de ces théories y compris pour demander aux autorités d'augmenter la sévérité des peines (légales ou judiciaires) de prison ou pour ne pas réduire leur sévérité.

Pires (2004 : 45) illustre ce phénomène en disant que nous trouvons un bon nombre de philosophes, théoriciens du droit, juristes et professionnels de la justice qui «s'autoreprésentent» comme étant de « gauche », « critiques », « humanistes » ou « libéraux » mais qui néanmoins restent prisonniers de ce système d'idées. Une autre illustration « consiste dans le fait que nous retrouvons depuis le XIX^{e} siècle, plusieurs mouvements sociaux, religieux, syndicaux, progressistes ou philanthropiques (soucieux de la protection des personnes ayant des déficiences physiques ou mentales, de la protection des animaux, de l'environnement, etc.) et même des mouvements ou des penseurs dotés d'une « théorie critique » de la société, qui tombent dans ce piège cognitif qui consiste

à s'opposer à la réduction des peines ou à l'implantation d'un régime de sanctions alternatives (non carcérales) ou à demander de façon persistante, au nom de principes de la rationalité pénale moderne (égalité des peines, proportionnalité, sécurité et autres valeurs) des « peines afflictives plus sévères » (du moins pour la catégorie de crimes qui les intéresse) » (Pires, 2004 : 46).

La théorie soutient qu'il y a des systèmes d'idées « qui ne se présentent pas comme incompatibles avec une conscience individuelle qui «s'autodécrit» comme étant de « gauche », « progressiste », « critique » ou simplement « humaniste » ». Dans le passé, cela s'est produit même avec le sexisme et le racisme. Même la théorie marxiste de la société a été décrite comme « sexiste », ce qui montre qu'une prise de position critique n'est jamais critique à l'égard de tous les systèmes d'idées. La RPM serait ainsi un système d'idées « puissant » (Pires, 2004) qui, souvent, n'est pas problématisé par des positions qui sont *par ailleurs* « critiques ». Ma recherche va explorer cette question de façon systématique et empirique et va proposer une nouvelle distinction pour permettre une meilleure *description et compréhension* de ce phénomène.

Enfin, comme nous le verrons dans le chapitre III, la théorie sur la RPM construit un schéma empirique pour observer le processus de création de lois et échafaude en même temps une hypothèse directrice pour observer l'évolution des structures internes du système de droit criminel. Ce schéma commence par reprendre la distinction-clé proposée par Hart (1961, cité dans Pires, 1991c) et retouchée par Gavazzi (1963, cité dans Pires, 1991c) entre normes du premier ordre et normes du deuxième ordre. Les premières sont des normes de comportement – telles que « il est interdit de tuer » - et les deuxièmes sont des normes qui disent quoi faire en cas de désobéissance aux normes du premier ordre. Hart (1961, cité dans Pires, 1991c) les appelle des « normes parasitaires ». Or, la théorie sur la RPM va soutenir que les systèmes d'idées qui sont décisifs pour l'évolution des structures internes du système de droit criminel sont ceux qui portent sur les normes du deuxième ordre et plus particulièrement sur les normes de sanction (Pires, 2006b). Cela ne signifie pas que les systèmes d'idées (ou théories du droit criminel) portant sur le crime ou sur l'illicite criminel ne soient pas importants. Dans la mesure où ces théories sont construites en s'attachant aux théories de la peine ou aux autoportraits du droit criminel tracés à partir de la RPM, elles font aussi obstacle à la transformation des structures internes du système de droit criminel. Ce que la théorie dit, c'est que la RPM constitue le « ciment » d'un ensemble de pratiques discursives et non discursives du droit criminel et que c'est seulement en constatant à la fois l'existence d'une « sortie » de ce système d'idées et la construction d'un autre système que nous pouvons parler d'une « évolution de palier » (Gilbert, cité par Pires, 2006b) du système.

1.3 Divergences et convergences avec les recherches sur la création des lois

Comme je l'ai dit au début de ce chapitre, je vais tenter maintenant de visualiser comment cette recherche se situe, à partir des principaux points de convergence et de divergence, par rapport à d'autres recherches sociologiques et criminologiques portant sur la « création de lois ». La question centrale qui nous intéresse ici est celle concernant la *manière d'observer* la « création des lois » et, plus globalement, la question de la *normativité*. Par exemple, doit-on partir du concept de *law making* ou de *criminalisation primaire* pour observer la production des normes ? Doit-on se préoccuper des « systèmes d'idées » lorsque nous observons certains phénomènes de production normative ? Les recherches distinguent-elles entre système politique et système de droit (ou de droit criminel) lorsqu'elles étudient certains aspects de phénomène ? Et, si oui, que peut-on retirer de ces contributions ? Etc.

Je vais néanmoins commencer cette section de mon chapitre par quelques observations conceptuelles. Le but de cette réflexion conceptuelle préalable est de préciser certains aspects de mon objet d'étude par rapport à l'usage de ces concepts dans la littérature sur la question.

1.3.1 Observations préliminaires d'ordre conceptuel

Les expressions ou distinctions – *création de la loi*, « *law making* », *création/application de la loi*, *criminalisation primaire/criminalisation secondaire*, etc., – sont pour le moins ambiguës et prennent différents sens dans la littérature sociologique et criminologique. Il vaut donc la peine de signaler d'entrée de jeu quelques ambiguïtés de ces concepts pour ensuite indiquer la définition que je vais adopter pour situer cette recherche.

L'expression «*création de la loi*» laisse une série de doutes sur sa portée, c'est-à-dire sur ce qu'elle inclut et sur ce qu'elle exclut. S'il est clair qu'elle porte aussi sur la création de règlements administratifs de toutes sortes et non seulement sur les activités des Parlements, elle nous amène souvent à penser qu'une loi qui *abroge* une autre loi – ou une loi qui abroge un *élément* d'une autre loi, par exemple l'abolition législative de la peine de mort – ne relève pas du champ de la *création* de la loi. Elle est aussi ambiguë à l'égard des recherches qui étudient des *projets* de création de loi qui n'ont pas été approuvés. Comme nous le verrons, l'utilisation que nous faisons de ce terme ici comprend toutes ces situations.

Dans la littérature anglophone, le médium « *law* » désigne à la fois « *loi* » (au sens de « *statute* ») et « *droit* ». Par conséquent, l'expression consacrée «*lawmaking*»[23] renvoie à la fois à la législation et à la jurisprudence où des normes de *droit* sont créées. Cette expression comprend ainsi la production législative par le système politique et la production de normes jurisprudentielles par les tribunaux. Cette ambiguïté de l'expression est à la fois problématique et intéressante par rapport à mon cadre théorique. Elle est problématique parce qu'elle n'invite pas le chercheur à distinguer, dès le départ, les opérations du système *politique* de celles du système de *droit*. Mais cette ambiguïté est aussi intéressante, surtout dans le cas de certaines recherches comme celle de Jerome Hall (1935), parce qu'elle laisse voir que le *système de droit* « crée la loi » (au sens de *normes du droit*). Les recherches anglophones sur le « *lawmaking* » sont ainsi des recherches qui observent empiriquement la création de la loi par des systèmes sociaux différents : système politique et système de droit. Je dois alors préciser que ma recherche sur le « *lawmaking* » va observer surtout (mais non exclusivement) les opérations du système politique.

Une distinction qui est aussi souvent employée ou présupposée dans la littérature est celle entre *création/application de la loi*. Lorsqu'on emploie cette distinction, les activités parlementaires sont placées dans la face de la *création* de la loi et celle des tribunaux, dans la face de l'*application* de la loi. Comme ma recherche porte sur la « création de la loi » au Parlement, elle ne pose pas de difficultés pour sa caractérisation. Cependant, il faut noter que cette distinction comporte des problèmes empiriques et paraît parfois être une distinction plus normative que descriptive. En effet, la littérature sociologique montre clairement que les tribunaux créent des « lois », au sens de *normes jurisprudentielles de droit* et ce, même s'ils ne créent pas la *législation*. Cette distinction semble véhiculer le présupposé erroné selon lequel le système de droit (criminel) a seulement un rôle « secondaire » par rapport au droit (criminel), un simple rôle d'« applicateur » de la législation. Au contraire, on voit que le système de droit tient un rôle central dans ce processus. En effet, les tribunaux peuvent alors circonscrire ou élargir les dispositifs de la législation, invalider des lois (criminelles) ordinaires ou des peines prévues dans ces lois, etc. Toutes ces prérogatives, actualisées ou virtuelles, laissent voir que les tribunaux ne sont pas de simples applicateurs de la législation. L'usage que je fais alors dans cette recherche de l'expression *création de la loi* n'implique pas l'usage de la distinction *création/application* du droit ou de la loi.

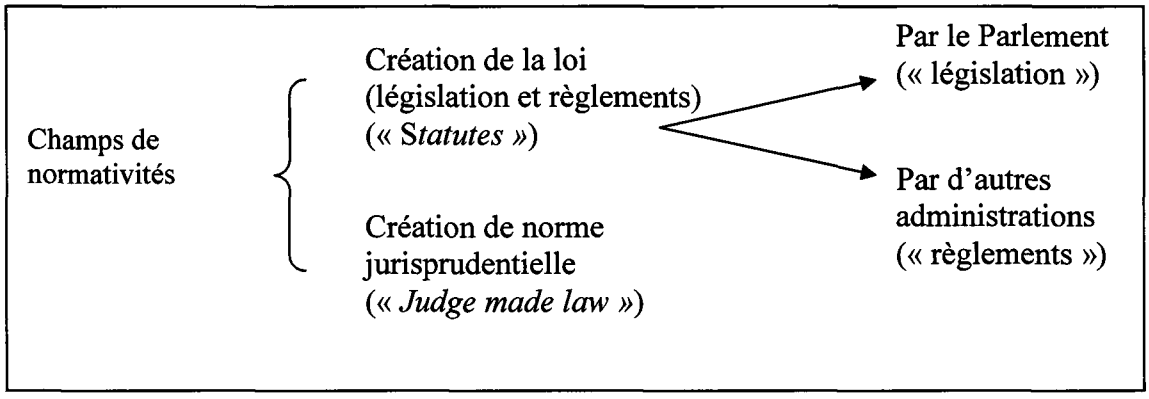
La criminologie ou la sociologie du droit criminel a aussi employé la distinction *criminalisation primaire/secondaire*. Par criminalisation *primaire*, on désigne usuellement la création

[23] L'expression « *rule-making* » peut aussi être employée dans ce même sens.

d'une loi criminelle par le Parlement. Par criminalisation *secondaire*, on se réfère souvent au sens large à toutes les opérations d'*application* de la loi, y compris les activités de la police. Cette distinction reproduit ainsi certains problèmes de la distinction précédente en faisant référence spécifiquement au droit criminel. Ainsi il n'est pas clair, lorsqu'on l'emploie, de quel côté tomberait la recherche de Hall (1935) sur la création du crime de vol par les *tribunaux* anglais : serait-elle une recherche sur la criminalisation *primaire* parce qu'on a créé une *nouvelle définition* du vol ou sur la criminalisation *secondaire* parce qu'il s'agit de la décision d'un tribunal et non du législateur ? En plus, le terme *criminalisation primaire* nous fait souvent penser à des lois qui créent de *nouveaux crimes* et non à des lois qui modifient des *peines* ou qui s'adressent à des questions de procédure criminelle. Dans mon cas, l'expression « criminalisation de la torture » introduit une difficulté si j'utilise ce type de distinction : elle peut donner l'impression que la torture était autorisée au Brésil jusqu'à la création de cette « première » loi contre la torture en 1997. Or, les comportements tombaient déjà sous le coup d'autres crimes: la loi produit uniquement une « criminalisation redondante » à travers la création d'un « nouveau » crime. Pour ces raisons, je ne vais pas non plus adopter cette appellation ou cette distinction.

Pour répondre au moins en partie à ces problèmes conceptuels, je vais adopter une typologie qui ne prétend pas être exhaustive. Cette typologie veut répondre à trois problèmes. Tout d'abord, elle veut rendre compte des recherches que nous allons voir ci-dessous. Deuxièmement, elle veut abandonner les distinctions création/application de la loi et criminalisation primaire/secondaire. Troisièmement, elle veut distinguer clairement entre, d'une part, la création de la *loi*, de la *législation* ou des règlements et, d'autre part, la création des *normes par la jurisprudence* ou *par les tribunaux*. Je veux marquer, ici aussi, la distinction opérationnelle entre le système politique et le système de droit. Voici la typologie conceptuelle que je vais adopter :

Figure 1.4
Le concept de la création des normes



La notion de « champ de normativités » sera comprise ici *au sens large*, afin de faire une place à toutes les recherches sur la production des normes. Ensuite, je distingue les recherches qui portent sur la création des lois *en tant que législation* de celles qui observent la création de la norme jurisprudentielle par les décisions des tribunaux. Ceci facilite la distinction entre le politique et le droit comme deux systèmes opérationnellement fermés. Troisièmement, je subdivise les recherches qui observent la *création des lois* en deux groupes : celles qui portent sur le Parlement et celles qui portent sur d'autres organisations. Rappelons cependant que ma distinction directrice ici n'est pas celle entre *deux types de normes*, mais plutôt celle entre deux *opérations réalisées par des systèmes sociaux différents* (politique/droit).

1.3.2 Les recherches sur le thème de la création des normes

Pour faire la sélection des recherches que nous allons voir plus en détail ici, j'ai consulté plus de 70 travaux (articles, chapitres de livres et livres) publiés majoritairement entre 1985 et 2005[24]. Certains de ces écrits ne portent pas exclusivement sur la création de *normes criminelles* (législation

[24] Je liste quelques-unes des revues consultées, d'abord en français : *Droit et Société, Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques, Déviance et Société, Revue de droit pénal et criminologie, L'Année sociologique, Sociologie et Sociétés, Revue française de sociologie;* ensuite en anglais : *Journal of Criminal Law and Criminology, Journal of Law and Society, Law and Contemporary Problems, Law and Policy, Law and Society Review, Legislative Studies Quarterly, Osgoode Hall Law Journal, Social and Legal Studies* (à partir de 1992), *The Journal of Law and Politics, The Journal of Legal Studies, The Journal of Legislative Studies, British Journal of Criminology, Crime and Delinquency, Crime, Law and Social Change, Criminal Justice Studies, Criminology, Journal of Research in Crime and Delinquency, Punishment and Society* (à partir de 1999), *The Howard Journal of Criminal Justice, Theoretical Criminology* (à partir de 1997), *American Journal of Sociology, American Sociological Review, British Journal of Sociology, Social Problems.*

et jurisprudence), mais aussi sur des lois d'immigration ou des lois administratives[25]. Enfin, certains travaux vont porter simplement sur le concept de *création de la loi*. En outre, la plupart d'entre eux portent sur une loi ou une décision jurisprudentielle spécifique prenant souvent la forme d'une « étude de cas ». Inverarity et Feld (1983 :163) font cette observation dans les années 1980 et je trouve qu'elle reste toujours valable.

Bien que l'on ne puisse pas en tirer de conclusions définitives, disons que la plupart des textes trouvés et lus en matière de droit criminel sont antérieurs à 2000. Comme la littérature juridique et sociologique parle sans cesse d'une augmentation exponentielle de l'activité législative, nous aurions un paradoxe : plus on fabrique des lois et des normes, moins la sociologie s'intéresse à ces produits politiques et judiciaires. Du moins par rapport aux lois criminelles (à l'exclusion de la jurisprudence), la grande vague d'intérêt semble avoir été les années 1970-90 pendant lesquelles la criminologie critique, le marxisme et le féminisme ont accordé une importance *critique* à ces produits de l'activité du système politique (l' «État»).

Après la lecture de l'ensemble de ces recherches, je constate que presque toute cette littérature sociologique sur la création de la loi ou de la norme jurisprudentielle partage au moins un intérêt directeur commun : identifier *les jeux d'influences* qui ont été déterminants sur ces produits, voire *les causes* responsables de ces influences dans leur forme spécifique. On veut comprendre ou expliquer la création de la norme et/ou son *contenu normatif spécifique*. Ceci vaut autant pour les recherches sociologiques sur la jurisprudence que pour celles sur la législation.

Il y a ici deux manières différentes de thématiser la question de l'influence. Celle-ci peut être abordée, d'abord, à partir d'une observation plus *globale* ou macrosociologique de *l'environnement social* du moment. Les recherches avec une perspective historique plus marquée font souvent ce genre de contribution. Il s'agit alors d'identifier les conditions globales (économiques, sociales, historiques, culturelles) qui ont permis ou stimulé l'activité législative ou judiciaire qui a créé la loi.

Ensuite, la question de l'influence peut être observée à partir du point de vue *des acteurs sociaux* qui luttent pour imposer leurs intérêts, buts ou motivations spécifiques. Dans ce cadre, l'initiative de produire une loi est directement reliée à des intérêts concrets de quelques groupes ou de quelques individus, aussi bien qu'à un *rapport de force* entre eux. On croît pouvoir indiquer parfois

[25] L'article de Lee (2005) sur la criminalisation de la migration irrégulière est un exemple parmi d'autres de ce type de texte.

quel groupe d'acteurs a eu l'influence la plus déterminante sur le produit. Exceptionnellement, certaines recherches, comme celle de Pires, Cellard et Pelletier (2001), tout en attirant l'attention sur certaines influences contextuelles globales (Cellard et Pelletier, 1999; Pelletier, 2002), ont aussi tenté de montrer que le « contexte », global ou spécifique, *n'explique pas tout*, et particulièrement certaines tendances et pratiques redondantes qui traversent plusieurs périodes et régions occidentales en même temps. Ils se réfèrent ici, plus particulièrement, à une certaine tendance de communiquer sur *les peines* en matière criminelle.

De façon un peu surprenante, la question des *jeux d'influence* a été peu traitée sur le plan des « idées » elles-mêmes, sauf si les *idées* avaient déjà été identifiées et qualifiées *négativement*, comme les idées racistes, sexistes ou attribuées à une discrimination de statut social. Tout se passe comme si les « bonnes idées », les « vocabulaires de motifs » (Wright Mills) institutionnalisés et jugés encore valables, n'étaient pas observés. Et les seuls auteurs qui mettent la question de l'influence cognitive du droit criminel au centre de leurs études sont Pires et al. (2001) ainsi qu'Enguéléguélé (1998a, 1998b).

Pour la présentation de certains travaux trouvés dans la littérature, je vais d'abord prendre la recherche de Hall (1952) comme une illustration des recherches portant sur la création de normes jurisprudentielles. On trouve aussi dans cette catégorie des recherches comme celles de Lindesmith (1969), de Schneider (2002) et de Kowaluk et Anderson (2004). Tous ces travaux traitent spécifiquement de la création de la norme pénale par les tribunaux, c'est-à-dire *à travers les décisions qu'ils rendent.*

Je vais ensuite me tourner vers les recherches qui ont porté sur la création de lois criminelles dans le cadre des activités d'un Parlement spécifique. Des travaux portant sur certaines caractéristiques de la codification criminelle sans faire de références directes au thème de la création de la loi ne seront pas présentés ici et ce, en dépit de leur intérêt à d'autres égards (par exemple, Cartuyvels 1994 et 1996 ; Acosta, 1995 ; Bartholeyns, 2003). La recherche de Cartuyvels, par exemple, porte davantage sur l'identification des « *idéaux* » qui président à l'organisation de codes pénaux que sur la *création* de lois proprement dites. Son intérêt pour nous consiste à montrer comment le « droit criminel » peut, d'un côté, être attaché à des « idéaux » et, en même temps, prévoir des peines dont la sévérité s'inscrit à contresens de ces idéaux.

(a) *La recherche de Jerome Hall sur la création d'une norme par le tribunal*

Cette recherche a été sélectionnée en partie en raison de son caractère emblématique dans la littérature sociologique et criminologique. Publiée pour la première fois en 1935, la recherche de Hall, surtout dans son édition révisée de 1952, est souvent citée dans les études sur la création de la norme. Cette recherche sera présentée comme l'une des premières recherches sociologiques dans le domaine du « *lawmaking* » et aussi comme une sorte de « modèle » de recherche « sociojuridique ».

Dans l'édition révisée de 1952, chaque chapitre du livre peut être apprécié comme une étude indépendante, même si la problématique d'ensemble est l'évolution des normes juridiques en matière de vol en Angleterre. Le premier chapitre est une étude de cas sur l'affaire Carrier (*Carrier's Case*) au XV^{e} siècle et mes commentaires vont se restreindre à cette étude. Car c'est dans cette étude que Hall élabore une sorte de modèle de recherche qui sera repris et discuté par la suite dans la littérature sociologique. Il voulait explicitement tester les capacités de la « théorie sociale » pour expliquer ce qu'il appelle un « problème sociojuridique » spécifique (« *a specific socio-legal problem* »).

L'affaire Carrier se réfère à un jugement du tribunal anglais qui a eu lieu en 1473. Le point de départ de la recherche de Hall consiste ainsi dans la narration d'un jugement du XVe siècle où les tribunaux décident de condamner pour crime un transporteur de marchandises, allant ainsi à l'encontre des critères de la jurisprudence de l'époque et aussi sans l'appui de la législation. Hall observe alors les opérations du système de droit (criminel). Cette décision aurait créé, selon l'auteur, un « *droit nouveau* », ou différent, de celui qui existait auparavant. La particularité de ce jugement est la suivante : le défendant (transporteur) était impliqué dans une « situation-problème » qui tomberait aujourd'hui sous le coup d'un crime pour « détournement de biens ». Mais, à l'époque, les critères du droit criminel ne permettaient pas de « voir un crime » dans le comportement du défendant[26]. Ni la jurisprudence ni la législation ne permettaient de concevoir directement cette « situation-problème » (l'expression est employée par Hall) comme étant un cas clair de « crime » (« *felony* ») : la figure du « détournement de biens » n'existait encore ni sur le plan jurisprudentiel ni sur le plan législatif.

[26] L'accusé avait été engagé légalement par un marchand (propriétaire de la marchandise) pour transporter plusieurs emballages (« *bales* ») mais, au lieu de les emmener au lieu prévu, il brisa les emballages et s'appropria de leur contenu. Selon les critères juridiques de l'époque, comme le défendant avait *légalement la possession* d'une marchandise, il ne pouvait pas être accusé de vol et ce, même s'il la détournait par après. En effet, la *common law* limitait strictement la définition de vol non seulement en spécifiant les *objets* qui pouvaient être volés (bétails, produits fermiers, biens mobiles), mais aussi en limitant la *méthode* (manière de faire) par laquelle une action pouvait être vue comme étant un vol.

Face à un tel vide, le tribunal va *comprendre* ce cas de façon tellement « originale » par rapport aux structures cognitives du droit criminel que cela va lui permettre de traiter le problème *comme s'il s'agissait effectivement d'un vol*. C'est la *compréhension* du cas par le système de droit, c'est-à-dire l'ingéniosité de l'interprétation juridique, qui fait émerger une *nouvelle norme de comportement criminel* capable dorénavant d'observer aisément ce type de comportement comme étant un crime (*felony*). La décision du tribunal n'a pas été unanime. Et si elle était « contre la législation », elle était également « contre la manière usuelle des tribunaux de décider ». Hall a observé cette décision comme, d'une part, *comblant une lacune de la législation* et, d'autre part, *comblant un « besoin social »*, ce qui fait que la décision ne lui paraît ni scandaleuse ni erronée, mais simplement « innovatrice ».

Voici les caractéristiques sociologiques de ce cas:

1) On décide d'incriminer un individu dans une situation où la loi criminelle est silencieuse et où les critères de la jurisprudence ne le permettent pas. Tout se passe comme si le tribunal avait la possibilité réelle d'incriminer une « situation-problème » difficile à définir comme « crime » selon les critères mêmes des tribunaux.

2) Il ne s'agit pas à proprement parler d'un conflit ouvert entre le législateur et le tribunal. D'ailleurs Hall montre aussi que cette décision surprenante des tribunaux – ce « droit nouveau » - n'a pas déplu non plus aux autorités politiques de l'époque. Il s'agit plutôt d'une décision inattendue du tribunal par rapport aux critères en vigueur dans la législation et dans la jurisprudence elle-même pour pouvoir condamner une personne pour vol.

3) Cette décision inattendue n'a pas porté sur un problème connu des tribunaux, mais sur une *« situation-problème » nouvelle* (au moins pour un tribunal criminel).

4) Ce *droit nouveau* concerne les *normes de comportement* du droit (criminel), par opposition aux normes *de sanction* ou *de procédure*. Par exemple, le tribunal n'a pas invalidé la peine de mort ni n'a modifié une norme de preuve.

5) Cette « nouvelle norme » interdisant ce comportement n'était pas non plus *entièrement nouvelle* pour l'ensemble du système de droit. En effet, le comportement de l'accusé était déjà clairement *illégal* au sens du sous-système du droit civil. Ce qui est « nouveau » ici, c'est la création de cette

interdiction *par le sous-système du droit criminel*. Par la création de cette norme, qui définit le comportement du transporteur comme un « *felony* », le sous-système der droit criminel *se donne l'autorisation*, pour la première fois, d'intervenir dans une situation qui n'était réservée auparavant qu'au sous-système de droit civil.

Or, Hall (1952) va, au premier plan, se donner pour objectif de trouver une explication causale à cet événement (pp. 12-13 et 33). C'est au deuxième plan qu'il va vouloir aussi inférer une théorie descriptive des étapes de la création de la norme juridique, telle que je l'ai décrite[27]. Il va *expliquer* alors l'émergence des droits nouveaux par l'idée de *rapports de forces dominante*, de « *nouveaux besoins sociaux* » et par l'idée d'une *relation de dépendance* et *de retard* du droit vis-à-vis des autres institutions de la société. Dans le cadre de cette relation du droit avec son environnement, le premier, avec ou sans l'aide du politique, va chercher à bâtir une « relation harmonieuse » (*harmonious relationship*) avec les autres institutions de son temps. Bref, c'est la partie la moins intéressante de la recherche de Hall qui a été sélectionnée comme « modèle » de recherche sociojuridique.

Les points de convergence et de divergence entre ma recherche et celle de Hall me paraissent particulièrement éclairants. Nous observons, chez Hall, un effort pour distinguer le *droit* de la *politique* dans sa description empirique. Nous y voyons aussi la reconnaissance d'une distinction entre *norme de droit* et *législation*, en ce sens que l'une n'est pas entièrement dépendante de l'autre, ni même du point de vue généalogique. Nous y trouvons aussi une description de la manière dont le droit, pour résoudre certains problèmes, construit ses décisions *dans le droit*.

La recherche de Hall est aussi intéressante pour faire un parallèle avec ma recherche étant donné que le cas de la torture présente une situation inverse à celle de Hall. Le « crime de torture » qui deviendra « nouveau » dans la législation, n'est pas nouveau *dans le système de droit criminel*, sauf par son « appellation » et par ses « peines ». Cette « situation-problème » (la torture) était déjà un crime pour le système de droit criminel (la pratique de la torture était jugée comme un cas soit de lésions corporelles, de mauvais traitements ou encore d'abus d'autorité). Les « besoins sociaux » ont pesé cette fois exclusivement sur le système politique : il « avait besoin » de créer ce crime dans la législation, même si les comportements qui y étaient liés étaient déjà des crimes pour le droit.

[27] Sa première question est alors : Comment expliquer cette décision déviante des tribunaux où une « *new law has been made* » (Hall, 1952 : 11) Sa deuxième est double : Que peut-on inférer théoriquement de cette étude de cas et quel modèle méthodologique d'analyse doit-on construire pour observer et expliquer les changements dans le droit ?

(b) *Quelques recherches sur la création de la loi par le Parlement*

J'ai été contrainte, encore une fois, à ne sélectionner qu'un petit nombre d'études pour visualiser les points de convergence et de divergence entre ma recherche et celles portant sur la création de la loi par le Parlement.

Rappelons, pour commencer, que la plupart des recherches sur la création de la législation portent sur une loi spécifique ou sur un petit ensemble de lois autour d'un même thème (par exemple, prostitution, drogues, vagabondage, etc.) dans une juridiction donnée. Il s'agit très souvent de recherches qui portent une attention particulière aux normes de *comportement*, c'est-à-dire aux incriminations, comme la recherche de Hall. Les chercheurs s'intéressent clairement plus à la création des « incriminations » qu'à la manière par laquelle les incriminations sont « traitées », *sur le plan normatif*, par le système politique ou par le système de droit criminel. Comme exemple de ces recherches sur des lois qui créent de nouveaux crimes, nous avons : Sutherland (1950), Chambliss (1964), Dickson (1968), Roby (1969), Grahan (1972), Scheerer (1978), Lauderdale (1983), Feld (1983), Savelsberg (1987 et 1988), Lebeuf (1990), Brusten et Floerecke (1991), Emsley (1991), Bernat de Celis (1996), Grattet et al. (1998) Charras (1998), Steiner (2001) et Pelletier (2002).

Par contraste avec ces travaux, ma recherche s'intéresse *plus aux normes de sanction* et aux *idées liées aux normes de sanction* qu'aux raisons pour lesquelles on a créé cette incrimination dans la juridiction du Brésil. Ceci montre un *point de décentrement* important – ni convergence ni divergence – entre ma recherche et la littérature sociologique sur la création des lois. En effet, il y a, toute proportion gardée, peu de recherches sur la création de lois de procédure (à titre d'exceptions, voir : Levy, 1991 ; Galliher et Galliher, 1997 et Garcia, 2002)[28]. On trouve aussi peu de recherches sur la création (*y compris* les cas d'abrogation ou de tentative d'abrogation) de normes législatives sur les peines, à l'exclusion peut-être du cas plus spectaculaire de la peine de mort (à titre d'exemples, voir Sauvageau, 1998[29]; Kowaluk et Anderson, 2004; Pires et Garcia, 2007, Pires et Cauchie, 2007).

On trouve aussi une série d'études sur la création de la loi, assez variées, portant cette fois sur l'adoption d'un *code criminel*, sur l'évolution des lois qui ont été intégrées à un code criminel ou

[28] Levy (1991) a attiré l'attention sur ce point concernant les lois de procédure. Garcia (2002) a étudié les transformations des lois de procédure au Canada entre (1892 et 1927) à l'aide de la théorie sur la rationalité pénale moderne.
[29] La recherche de Sauvageau a utilisé aussi la théorie de la rationalité pénale moderne.

encore sur un corpus législatif plus large (Lascoumes et al., 1989; Blanco, 1998; Delmas-Marty, 1986; Barbeger et Lacoumes, 1991; Enguéléguélé, 1998a, 1998b; Garcia, 2002; Pires, Cellard et Pelletier, 2001; Cellard et Pelletier, 1999; Pires, 2002). Comparativement aux études portant sur une loi spécifique, ce groupe-ci traite aussi des normes de sanction et, le cas échéant, de procédure.

Souvent, les recherches portant sur les activités parlementaires et accordant une place opérationnelle et conceptuelle centrale à la notion *d'acteurs sociaux* vont tenter de montrer que la fabrication de la loi criminelle peut impliquer la « coprésence » d'autres communications au-delà de celles du gouvernement ou même de la politique en général (mouvements sociaux, etc.). Ainsi, par exemple, la science, le droit, le système de santé, etc., peuvent aussi, selon le cas, « coparticiper » au processus. On souligne particulièrement la présence du droit, car les communications de ce système sont structurellement couplées à celles de la politique lors de la création d'une loi, sans égard à son thème.

Morand (1988), quant à lui, explique cette participation active des juristes dans le processus législatif par le fait que la législation est devenue, avec le temps, la source fondamentale du droit. À partir de là, selon lui, ce sont les juristes eux-mêmes qui jouent un rôle prépondérant dans le cadre de sa préparation (1988 : 391) de sorte que l'activité législative prend corps dans une pratique assez complexe, qui implique l'interférence directe d'au moins deux systèmes en place (politique et juridique).

Cette observation de Morand appuie la description faite par la théorie des systèmes qui observe la législation comme couplant structurellement ces deux systèmes. En effet, il est clair que seules les organisations et « acteurs » politiques habilités *décident opérationnellement* des sélections qui seront gardées dans une procédure de création d'une loi criminelle par le Parlement. Cependant, certaines recherches veulent particulièrement souligner ici le fait que, du point de vue *cognitif*, d'autres « acteurs » ou « organisations » participent également à la création d'une loi criminelle et que les acteurs juridiques ont souvent un rôle cognitif non négligeable dans la mise en forme juridique de ce type de loi.

Il est clair aussi, et ces recherches le montrent suffisamment, que certaines « influences externes » au gouvernement, telles que celles reliées aux groupes de pression, aux partis d'opposition, aux experts jugés pertinents pour le projet de loi, etc., seront sélectionnées par les communications politiques au détriment d'autres qui ne seront pas retenues. Cependant, certaines recherches, en

essayant de montrer cela, finissent par adopter un modèle de *causalité linéaire* qui oublie, en plus, la contingence : c'est-à-dire, le fait que les choses auraient pu se passer autrement. Ils expliquent alors la production d'une loi quelconque (effet) par une « cause » ou par une combinaison de facteurs causaux. La dimension « cognitive » est délaissée en faveur d'une analyse montrant les « rapports de force » ou les « jeux d'intérêts » (qui sont sans doute présents). A quelques exceptions près, ces recherches vont considérer des dimensions cognitives moins visibles qui sont présentes dans le processus de création de la loi criminelle.

Il est intéressant de noter que certains auteurs vont thématiser plus ou moins directement, le cas échéant, les « interactions » entre les divers systèmes de fonction (politique, scientifique, juridique, etc.) lors du processus de création de lois (criminelles). On voit alors apparaître un souci de réflexion sociologique portant sur les rapports entre le politique et les autres systèmes sociaux. Enfin, un autre aspect, qui découle du précédent, a retenu particulièrement mon attention. C'est que certains auteurs ont ouvert des pistes intéressantes pour observer un type d'influence spécifique découlant des connaissances propres au droit pénal sur le processus opérationnellement politique de création de la loi.

Dans ce groupe, nous avons choisi de présenter les recherches de Lebeuf (1990), Blanco (1998), Enguéléguélé (1998a, 1998b) et Pires, Cellard et Pelletier (2001).

i. La création de la loi contre l'ivresse au volant au Canada

Je serai très brève par rapport à cette recherche parce que je vais l'utiliser ici seulement pour illustrer deux points : (1) un certain type de tautologie courante lorsque l'observation se limite à identifier les rapports entre *groupes d'acteurs sociaux* dans le processus de création des lois et (2) l'intuition intéressante, mais peu approfondie, du rôle des communications politiques comme opérant des sélections sur le plan cognitif.

Lebeuf (1990 : 395) a étudié « le processus d'élaboration et de production sociale des lois criminelles canadiennes concernant l'ivresse au volant ». Il cherche alors à identifier les acteurs qui ont contribué à la définition du comportement d'ivresse au volant comme un crime et quelles stratégies ils ont utilisées. L'identification des groupes de « définisseurs » du comportement semble aller, au moins en partie, de soi : les législateurs, les experts du domaine médical, les juristes, certains chercheurs et des groupes de citoyens-victimes (Lebeuf, 1990 : 412).

Parmi tous ces groupes d'acteurs, Leboeuf reconnaît, bien sûr, que le *législateur* est le *définisseur* le plus facilement repérable, dû, selon lui, à sa fonction objective de voter et d'approuver (ou non) les projets de loi. De façon plus directe, on peut dire que le système politique garde nécessairement un pouvoir de sélection dans le processus de production de la législation. Ensuite, il évalue que les experts du domaine médical ont joué un rôle particulièrement déterminant, en réussissant mieux que les autres à imposer leurs points de vue.

Il se réfère sans doute ici à un *rôle cognitif* et non à un rôle *décisionnel* ou *opérationnel*, puisque le système médical ne peut « diriger de l'extérieur » *les communications-décisions* du système politique sans les opérations « volontaires » de ce dernier système. Ce rôle cognitif aurait eu une influence sur deux plans. Tout d'abord, elle s'est déjà manifestée dans le processus de création même du « problème social ». En effet, les promoteurs du domaine médical auraient contribué à stabiliser un sentiment d'insécurité par rapport au comportement d'ivresse au volant, de sorte à favoriser tant l'émergence que l'amplification de la normalisation de ce comportement (Lebeuf, 1990 : 413). Ensuite, cette influence se fait sentir au plan du processus même de création de la loi. Ceci est, par ailleurs, au moins un peu attendu en raison du thème même de la loi (effets de l'alcool sur le système biologique et sur la conscience de l'individu). L'auteur va jusqu'à dire que ces experts médicaux ont « imposé une partie de leur science au droit criminel » (Lebeuf, 1990 :415). Cette formulation est à mon avis problématique sur deux points : d'abord le terme *imposé* suppose une sélection passive de la part de l'autre système ; ensuite, il manque au moins une référence au système politique puisque c'est lui qui a créé opérationnellement la loi.

En outre, Lebeuf touche à un aspect qui, d'après moi, se révèle être le plus original de son travail : l'idée de « *rapatriement des connaissances spécifiques* » par les législateurs (gouvernement). Ici, l'auteur veut souligner que la connaissance propre à un système social, telles que celle de la science, du droit, de la médecine, etc., peut être incorporée au processus politique de création de la loi et être utilisée comme source de construction et de légitimation des décisions qui y sont prises. On parle alors ici d'un type d'influence très spécifique, qui est celui d'un niveau de connaissance en partie indépendant de la position concrète des acteurs. La théorie des systèmes recommande néanmoins de ne pas comprendre le « rapatriement des connaissances » comme une opération pure et simple de « transfert tel quel ». En effet, le rapatriement doit être compris comme accordant un rôle décisif au « système-qui-rapatrie »: c'est lui qui constitue le (nouveau) sens des connaissances qu'il sélectionne.

ii. La création du Code criminel espagnol de 1995

Le travail de Blanco (1998) porte sur la création du Code pénal espagnol de 1995. L'auteure veut analyser un phénomène de codification en Espagne et, comme Lebeuf (1990), elle part de l'identification des *acteurs* qui ont participé à cet événement. Ainsi, elle identifie dans la première partie de son texte trois grands collectifs d'acteurs : les « acteurs politiques » (les parlementaires), les « acteurs sociaux » (les médias, par exemple) et les « acteurs techniques » (les juristes). Les juristes sont décrits ici comme des acteurs *techniques* probablement parce qu'elle les voit dans un rôle social d'assistance aux travaux politiques, ce qui indiquerait un type de prestation de services d'ordre cognitif du système de droit au système politique. Cependant, selon l'auteure, *chaque groupe va agir selon une rationalité spécifique*, à partir d'une finalité et d'une philosophie propres (Blanco, 1998 : 512).

Blanco (1998 : 511) soutient clairement dans ce travail l'affirmation que la codification n'est qu'une *décision politique* dont le résultat est une « loi ». L'auteure inscrit ainsi sa recherche dans le champ d'une sociologie *politique* du droit, dont l'objet d'étude est le pouvoir. Et le pouvoir est compris ici en tant que « décisionnalité », c'est à dire en tant que possibilité de faire suivre l'action d'une décision. La notion de *pouvoir* chez Blanco paraît alors être plus large que celle de *politique*, parce que les organisations médiatiques et juridiques prennent aussi des décisions.

Blanco analyse l'intervention des différents acteurs qui ont exercé une influence directe ou indirecte sur le processus d'écriture du Code, de manière à éclaircir des aspects qui entourent son apparition, comme celui de la décision politique initiale. Selon l'auteure, l'étude de cette décision rend possible l'analyse des mécanismes de fonctionnement du pouvoir (Idem : 511). Ici, Blanco se réfère implicitement au pouvoir (de décision) politique.

L'auteure soulève la place centrale que les acteurs politiques et techniques ont occupée lors de ce processus, ainsi que la relative marginalisation des auteurs sociaux (1998 : 519). Ce premier constat est intéressant parce qu'il indique une « proximité » plus grande entre le politique et le juridique qu'entre le politique et les médias (pendant le processus de création politique de la loi). La théorie des systèmes décrit ce phénomène par le concept de couplage structurel entre le politique et le juridique dans les opérations législatives. Toutefois, pour Blanco, la singularité de ce processus se trouve dans le fait que de nombreux parlementaires (les acteurs politiques) sont aussi des juristes (« acteurs techniques »). Et à son avis, cela explique que le débat parlementaire ait pu maintenir son

indépendance face aux experts (juristes) *externes* au Parlement, fait qui n'arriverait pas souvent, spécialement quand il s'agit de matières très spécifiques (Blanco, 1998 : 519).

L'auteure attribue à ce recouvrement de rôles (d'acteurs à la fois politiques et techniques) le fait de trouver dans les discours des politiciens des connaissances qu'elle attribue au juridique. Ainsi, écrit-elle, le politicien Federico Trillo, porte-parole du groupe libéral, exposait sa conception de la peine et sa finalité de la manière suivante : « Nous n'acceptons pas que la réinsertion sociale soit ni la fin exclusive de la peine ni son but premier ; (...) pour nous, la peine, quelle qu'elle soit, a encore, et doit avoir pour une question d'équité, un caractère rétributif et une finalité de prévention générale qui doit être garantie d'une façon adéquate » (cité dans Blanco, 1998 : 514). J'aimerais faire deux remarques sur cette façon de décrire ce phénomène.

Tout d'abord, la manière de décrire de Blanco semble être indicative de l'importance que prennent les théories de la peine (RPM) pour le système de droit criminel. En effet, l'auteure attribue *au droit* ce type de connaissance, en dépit du fait que ce discours se trouve aussi souvent dans la bouche des politiciens. J'accepte ce « rapport particulier » entre le droit criminel et ce système d'idées indiqué par Blanco, mais je décrirais différemment cette observation. Je dirais plutôt, à partir de la théorie sur la RPM, que ce système d'idées est susceptible d'être actualisé par les opérations de décisions des deux systèmes et ce, indépendamment de l'importance plus grande qu'il semble effectivement prendre pour le système de droit criminel. On peut alors faire l'hypothèse que la présence plus grande de « politiciens-juristes » augmente sans doute les chances de l'actualisation de ce système d'idées. Tout se passe comme si la *mémoire* du système de droit criminel avait plus de chance d'émerger dans certains débats. Cependant, un observateur ne peut jamais être entièrement certain à partir de laquelle des deux mémoires, juridique ou politique, la communication a été effectivement actualisée.

La deuxième remarque est d'ordre méthodologique. Lorsqu'on part des *acteurs* et des *rôles sociaux*, certaines difficultés particulières d'attribution semblent apparaître. En effet, les individus peuvent assumer, à différents moments, différents rôles sociaux et les connaissances circulent « librement » de différentes manières. Dans le cas des théories de la peine, elles font partie des « vocabulaires de motifs » institutionnalisés autant par le système de droit criminel que par le système politique. Comment faire alors pour dire que la connaissance « X » appartient plus au système juridico-criminel qu'au système politique ? Cependant, ce problème de description ne peut pas être attribué exclusivement à un point de départ axé sur les acteurs et les rôles sociaux. Une

difficulté plus grande de description théorique semble exister. Car la théorie de la RPM, même en ayant pris un autre point de départ, a attribué aussi, au début, ce système d'idées *au droit criminel* (voir Pires, 1998).

Quoi qu'il en soit de la réponse qu'on donnera à ces questions, il est certain que ce discours sur la peine aurait pu être parfaitement trouvé dans un manuel de droit pénal, dans un code pénal, ou dans la justification d'une sentence. Trillo, entre autres choses, actualise ainsi quelques théories de la peine « intensément » stabilisées et reproduites par le droit criminel. La « densité » de l'association entre le système de droit criminel et ces théories de la peine semble être plus grande que celle entre le système politique et ce même système d'idées.

Blanco (1998 : 516) souligne ainsi le fait qu'« un Code pénal permet de souligner la difficulté de séparer le politique du juridique ». Si cette remarque me paraît juste autant du point de vue théorique que méthodologique, je suis moins certaine de la manière par laquelle Blanco l'explique.

En effet, tout d'abord, l'auteure semble observer ici la *qualité du contenu juridique* de la loi. Ainsi, elle considère que le fait que les acteurs techniques (juristes) soient en même temps des politiques (parlementaires) et qu'ils étaient alors très présents à toutes les étapes du processus, a abouti à une « loi très technique et très parlementaire à la fois » (Blanco, 1998: 518). Dans le cas de l'élaboration de ce code, les « acteurs techniques » sont intervenus dans les premiers moments du processus de création, *avant* et *parallèlement* aux travaux parlementaires (Ibidem : 518), ce qui montre la présence de différents *circuits de communication*.

Ensuite, selon Blanco, dans ces conditions de dédoublement de rôles, les parlementaires, les juristes et les « pénalistes scientifiques » (les professeurs de droit) partageaient l'objectif *politique* d'arriver à un consensus et aussi l'objectif *juridique* d'élaborer une loi avec une certaine perfection technique, une loi qui répondrait aux *exigences dogmatiques* de la doctrine du droit pénal (*Ibidem*, c'est moi qui souligne).

Je crois que l'affirmation « très technique et très parlementaire à la fois » exprime une perception de la coexistence de deux sphères différentes de communication lors du processus de création du code pénal, deux sphères qui peuvent même avoir lieu simultanément dans la dimension temporelle, mais de façon parallèle. Cette expression peut alors à mon avis être avantageusement

substituée par « très juridique et très politique à la fois ». Si on utilise la théorie des systèmes pour comprendre cette affirmation, il va falloir faire attention de ne pas donner l'impression de *fusion* des deux sphères, comme si le côté politique et le côté juridique ensemble pouvaient se dissoudre ou s'amalgamer. L'idée de « politique et juridique à la fois » doit être comprise comme deux contextures : sphère politique pour le politique et sphère juridique pour le juridique. Autrement dit, tout dépend des lentilles que l'on porte ou du circuit où l'on se trouve : si on met des lentilles politiques où si l'on produit une communication politique, on voit la contexture politique ; et si l'on porte des lunettes juridiques ou si l'on produit une communication juridique, on observe la contexture juridique. On réduit alors les risques de substantialisation du contenu de la communication.

iii. Les politiques pénales : la contribution d'Énguéléguélé

Les travaux d'Enguéléguélé (1998a, 1998b) ont, à mon avis, un intérêt spécial pour la réflexion sociologique sur la création de la loi. L'auteur s'attache en effet à l'analyse de *politiques pénales,* notion qu'il va définir comme « le réseau de décisions et d'actions concrètes qui dynamisent la réponse pénale au phénomène criminel » (1998a: 22). Je vais laisser de côté ici le fait que l'expression « phénomène *criminel* » soit une forme de *substantialisation* des «situations-problèmes» traitées par la législation et par le système de droit criminel. Pour l'auteur, ce réseau de décisions inclut non seulement les décisions législatives, mais aussi les décisions issues des administrations, qui sont à l'origine des actions concrètes des agences pénales (1998a: 28).

L'objectif central d'Enguéléguélé est d'évaluer *l'influence des idées et des connaissances* sur la définition de la stratégie pénale en ce qui concerne l'élaboration de décisions en matière de politique pénale en France, pendant la période 1958 – 1995[30]. Pour y arriver, il emploie le concept de *communautés épistémiques*. Ce concept se réfère à des *groupes de professionnels* dans un domaine spécifique qui revendiquent une capacité d'action en matière de politique pénale en raison de leurs connaissances :

> Les communautés épistémiques pénales désignent dès lors des réseaux d'expertise et d'action caractérisés par l'adhésion commune de leurs membres au même paradigme, c'est-à-dire aux mêmes explications causales des problèmes criminels (niveau cognitif), au même système de valeurs érigées en références normatives pour la stratégie pénale (niveau normatif), et par l'adoption du même type de

[30] Notons que cet objectif est *différent* de celui de Pires, Cellard et Pelletier (2001) traité ci-dessous. Il existe néanmoins une plus grande proximité si nous comprenons l'*influence* chez Enguéléguélé comme allant *des idées et des connaissances* vers *les décisions*, au lieu de voir l'influence comme allant des idées ou connaissances vers *les systèmes psychiques* des acteurs.

> représentations de l'action à conduire face à la criminalité (niveau instrumental) (Enguéléguélé, 1998b: 569).

D'après l'auteur, la *Défense sociale nouvelle* est un exemple de communauté épistémique pénale, laquelle exercera entre 1945 et 1975 des influences déterminantes sur la législation criminelle en France.

Notons que ce concept de communauté épistémique d'Enguéléguélé s'approche de celui de *mouvement social* sans néanmoins s'identifier complètement à lui. Le concept d'Enguéléguélé exige une dimension cognitive savante plus élaborée et aussi une certaine *homogénéité paradigmatique interne* comme, par exemple, celle que l'on peut trouver dans une des perspectives spécifiques (ou paradigmes) du mouvement social et intellectuel « féministe » (au sens large). En ce sens, et si cette interprétation est correcte, ce concept de « communauté épistémique » impliquerait aussi les concepts de *membre* (du paradigme) et de *recrutement* : une communauté *a des membres*. Ce concept de *communauté épistémique* valorise sans doute la dimension cognitive qui est souvent évacuée, mais se distingue aussi du concept de *système d'idées* qui n'exige ni n'implique le concept de *membre* : on *actualise* ou, au contraire, on *n'actualise pas* le dit système d'idées, sans avoir besoin d'adopter une même perspective paradigmatique au sens plein du terme (comme dans le cas du mouvement de la nouvelle défense sociale).

Ces « communautés » favorisent alors souvent un *recrutement* dans divers secteurs. Elles peuvent être composées d'universitaires, de magistrats, d'avocats, de syndicalistes, d'acteurs opérant au sein des administrations centrales et de cabinets interministériels (Ibidem: 571). Ainsi, en tant que regroupements structurés d'acteurs, les communautés épistémiques pénales agissent pour la transcription dans la loi pénale d'un *paradigme spécifique* (Ibidem). Il convient de se rappeler que ce concept de communauté épistémique ne fait pas la distinction entre « acteurs *étatiques* » et « *non étatiques* ». Les membres des organisations étatiques participent aussi à ces « cercles épistémiques » où se construit une certaine vision du changement. Les membres des cabinets ministériels, hauts magistrats, membres de commissions parlementaires sont eux aussi membres des sociétés savantes et d'autres cercles qui travaillent à l'élaboration des paradigmes qui seront ensuite consacrés (ou non) par le législateur pénal. Ils sont, en tout cas, des acteurs dont les fonctions les placent à proximité ou au cœur des centres de décisions politiques (1998b : 575).

Pour Enguéléguélé, les « communautés épistémiques *pénales* », celles qui portent sur la politique pénale, jouent un rôle très important dans la « production et dans le renouvellement des

matrices théoriques de l'action publique » (1998b : 574). Empiriquement, il observe, par exemple, une influence très marquée dans la formation du discours des politiques: les acteurs politiques se positionnent en mobilisant les oppositions qu'on trouve à l'intérieur des paradigmes *doctrinaux* (construits dans ces communautés). Néanmoins, cela ne signifie pas que les clivages politiques reproduisent obligatoirement les clivages doctrinaux. Or, au niveau du discours, les conceptions de la politique pénale défendues par les acteurs politiques sont identiques à celles que l'on retrouve dans l'opposition entre les communautés épistémiques, de sorte que « *la structure du discours des hommes politiques recoupe largement le discours des communautés épistémiques pénales* » (1998b : 579, c'est moi qui souligne)[31].

Selon lui, le *champ doctrinal* et le style d'*action publique* révèlent en matière pénale des liens très étroits, de sorte que ces derniers mobilisent des modèles *bâtis dans la doctrine* pour se transformer en paradigmes pour l'action publique (1998a: 367). On a ici un aperçu de la façon dont les *idées savantes* peuvent être importantes dans la reproduction des communications politiques et juridiques. Autrement dit, Enguéléguélé suggère que la *science*, le *droit* et la *politique* se recouvrent et s'entrecroisent dans le champ du débat (sur le droit criminel) où se construisent les légitimations de la politique pénale. Et cette rencontre se fait aussi dans les administrations centrales, dans les cabinets ministériels et dans les commissions parlementaires où les modèles théoriques sont convertis en projets concrets, ainsi que dans les commissions d'études chargées d'assister la préparation d'une loi ou la réalisation d'une réforme (1998b : 575).

Malheureusement, sur le plan conceptuel, l'auteur ne distingue pas clairement entre le système de la science et le système du droit, car il va ici utiliser la notion de *science* pour se référer à la production théorique du droit criminel. Cette connexion entre *science* et *droit* semble découler du fait que l'auteur ne distingue pas la communication de la *criminologie* (en tant que communication de la science) de la communication du droit criminel. En s'appuyant sur le concept de *connaissance* (plutôt que de *communication*), cette distinction devient effectivement difficile à faire, puisqu'un réseau de communication (comme le droit) peut sélectionner des connaissances *produites* par un autre réseau (comme la criminologie).

[31] L'homologie entre les discours est bien illustrée lorsque l'auteur constate que, par exemple, « les acteurs politiques favorables à des politiques pénales répressives et sécuritaires analysent le phénomène criminel dans les mêmes termes que les tenants de la communauté épistémique pénale néoclassique. Pour les uns et les autres, la société ne peut pas être responsable des actes commis par les criminels. Il s'agit d'individus libres et responsables qu'une disposition naturelle à nuire et à abuser de leur liberté conduit à transgresser la loi pénale » (Enguéléguélé, 1998b: 579).

Indépendamment de la discussion sur la pertinence de cette non-distinction entre science et droit, il me semble que la grande contribution d'Enguéléguélé est de mettre en place une analyse sur l'influence du droit criminel dans le processus « politique » de création des lois criminelles à partir exclusivement de sa dimension cognitive, c'est-à-dire de la dimension de la connaissance juridico-criminelle. En effet, l'auteur va dire lui-même que cette dimension cognitive (les idées, les principes, les élaborations théoriques) a été souvent oubliée par la littérature sur la création législative en matière pénale. Quelques auteurs, comme Savelsberg, ont reconnu l'existence d'un lien entre « l'état des connaissances sur le pénal et l'édiction de législations spécifiques » (Enguéléguélé, 1998a : 38). Pourtant, à son avis, ces auteurs n'ont pas réussi à problématiser la question de l'institutionnalisation du savoir du droit criminel et de rendre compte des modalités de sa réception (ou de son appropriation) par le politique (Ibidem).

iv. Les changements législatifs au Code criminel canadien

En 2001, Pires, Cellard et Pelletier présentent, sous la forme d'une *énigme*, les résultats d'une recherche portant sur toutes les *demandes* de modifications *connues* et sur toutes les demandes *effectivement actualisées* au Code criminel canadien entre 1892 et 1927. Le corpus empirique de cette recherche est constitué par (1) un fond d'archives des demandes émanant du « public » au sens large (lettres et pétitions, y compris des professionnels du droit, de même que différents documents issus du ministère de la Justice) et par (2) tous les projets de lois, débats parlementaires et lois portant sur les dispositifs du Code criminel entre les dates indiquées.

Cet article en particulier va porter sur certains résultats concernant deux types de normes : (i) les normes de comportement ou d'incrimination (e.g., "ne pas tuer") et (ii) les normes de sanction (e.g., "qui fait ceci est passible de cela") (Pires, Cellard et Pelletier, 2001, 196). Au moment de la rédaction de ce travail, les auteurs utilisent déjà des éléments de la théorie des systèmes, mais la présence de la théorie spécifique de Luhmann est encore peu marquée. Ni le cadre conceptuel ni l'opérationnalisation de la recherche ne sont donc encore construits à l'aide de cette dernière théorie.

Le point de départ de la recherche est un *problème empirique* qui se présente sous la forme suivante. Certains résultats de la recherche indiquent que 96% des *modifications effectives* au Code criminel et 93% des *demandes refusées* à ce Code « ont un même profil global » : elles vont dans le sens soit d'un élargissement des incriminations (normes de comportement) soit d'une augmentation des peines (normes de sanction) (Pires, Cellard, Pelletier : 203). Le travail va porter plus d'attention au problème des *peines*, mais la question est posée par rapport aux deux tendances. Selon les auteurs :

> Cela signifie que cette tendance globale à incriminer et à pénaliser traverse différentes conjonctures historiques (nationales) de courte durée. Certes, nous pouvons observer que certains thèmes dominants varient en fonction des conjonctures spécifiques. Ainsi, à certains moments, nous trouvons une concentration de demandes sur la moralité sexuelle, religieuse et familiale; à d'autres moments, dans une conjoncture de guerre ou de crainte de mouvements subversifs au pays, le mouvement législatif se concentre autour des infractions de trahison, de sédition, et des libertés politiques de manifestation, etc. Bien sûr, il y a aussi certains thèmes récurrents ainsi que des demandes qui échappent aux contextes particuliers parce qu'elles sont reliées plus fortement à des faits divers, etc. Il nous paraît alors exact de dire que la conjoncture historique joue un rôle très clair au moins dans l'explication de l'émergence et de la variation dans les thèmes qui caractérisent le mouvement législatif à différents moments précis. *Mais ces constatations* - aussi intéressantes soient-elles - *n'expliquent en rien la tendance largement dominante et stable à demander et à obtenir plus d'incrimination ou plus de pénalisation* (Pires, Cellard, Pelletier : 203, c'est moi qui souligne).

Parmi les questions que les auteurs se posent, on trouve celles-ci : « si la conjoncture historique n'est pas une explication suffisante, comment donc expliquer ce *mouvement transhistorique* d'incrimination et de pénalisation (cette *stabilité) ?* [...] Et comment expliquer encore la formidable « coïncidence » suivante : nous trouvons des demandes d'incrimination et de pénalisation accrue autant chez des mouvements sociaux « conservateurs » que chez des acteurs ayant, au moins à certains égards, des « valeurs progressistes ? ». En outre, par rapport aux demandes de modification des peines venant du *personnel de la justice*, la tendance suivante se dégage :

> Il est aussi intéressant de constater que *toutes* les demandes pour « harmoniser » la peine maximale d'un crime par rapport à celle d'un autre, qu'elles viennent du personnel de la justice ou d'autres acteurs sociaux, construisent la « cohérence » en fonction de la peine la plus sévère. Elles demandent alors d'augmenter la peine la moins sévère. Cette construction ne s'explique donc pas exclusivement par un souci de logique, mais surtout par un élément de culture. Car la logique n'interdit pas d'harmoniser les peines aussi vers le bas. On voit bien la force de la rationalité pénale moderne » (Pires, Cellard, Pelletier, 2001: 205).

Les réponses strictement contextuelles apparaissent insuffisantes. Le but de l'étude semble être double. D'une part, les auteurs veulent traiter d'une question méthodologique reliée aux explications que l'on donne à la création de lois criminelles. Ils distinguent alors entre deux modèles d'approche du problème : (i) le « modèle des acteurs sociaux ou de la conjoncture historique » et ce qu'ils appellent à ce moment (ii) le « modèle des moyens de communication ». Les auteurs reconnaissent, dès le départ, qu'il « est rare de trouver un modèle qui soit, en termes absolus, meilleur que d'autres, de même qu'une carte traçant les autoroutes d'un pays n'est pas supérieure à une carte

indiquant les rues d'une ville : elles n'ont pas la même fonction et ne portent pas sur la même chose » (Pires, Cellard et Pelletier, 2001: 211). Le premier modèle, qui avait déjà été utilisé par les auteurs, se caractérise par le fait de mettre en place « « une sorte de causalité linéaire allant de la conjoncture et des acteurs (« cause ») à la modification ou non de la loi (« effet ») ». Dans ce modèle, « on peut commencer la chaîne causale à différents moments (dans la conjoncture, chez les groupes de pression, chez les fonctionnaires de l'État, etc.), mais elle demeure linéaire parce que le programme pénal et son système de pensée ne sont pas directement considérés dans l'explication » (Pires, Cellard et Pelletier, 2001 : 205). En revanche, le modèle de la chaîne de communications qui, rappelons-le, n'est pas encore construit à partir de l'appareillage conceptuel de la théorie de Luhmann, se propose de remplacer la causalité linéaire par une causalité systémique ou circulaire. C'est à travers ce type de relation causale – valorisée par les premières versions de la théorie générale des systèmes – que les auteurs vont tenir compte du rôle du « système de pensée *en matière pénale* »[32]. Ils écrivent alors :

> Le système de pensée en matière pénale, – tel qu'exprimé dans les manuels professionnels, débattu dans les parlements, reconduit dans les jugements des tribunaux et diffusé par les médias, etc. – fait-il des « promesses » en disant que la peine va « défendre la société contre le crime » ou résoudre les problèmes sociaux ? Crée-t-il des attentes normatives de châtiment chez les gens en prêchant que la justice *exige* des peines *égales à* la gravité du crime ? Ou, au contraire, demande-t-il des alternatives, soutient-il la nécessité de permettre la conciliation entre les parties dans un bon nombre de cas, etc. ? Les députés, lorsqu'ils reçoivent des demandes pour créer de nouvelles normes de comportement, peuvent-ils suspendre leur décision jusqu'à avoir un programme pénal convenable, moins coercitif et moins punitif ? Sont-ils dans des conditions favorables pour penser à tout cela ? Notre hypothèse de travail est que le programme pénal et la rationalité pénale moderne peuvent contribuer à expliquer (au moins) la pratique sociale consistant à demander et à obtenir un élargissement des incriminations et des peines plus sévères (Pires, Cellard et Pelletier, 2001: 211).

D'autre part, l'objectif des auteurs est « d'explorer l'hypothèse théorique suivante : « les systèmes de pensée « savants » et institutionnalisés, aussi bien que la structure législative des programmes juridiques en place, jouent un rôle dans la compréhension et dans l'explication des demandes et des modifications effectives » (Pires, Cellard et Pelletier : 2001: 195). Ainsi, la réponse à cette énigme est bâtie autour de l'hypothèse selon laquelle le programme législatif en matière

[32] Dans cette étude, on se rend déjà compte d'une certaine tendance des auteurs, au plan conceptuel, à vouloir décrire ce système d'idées (RPM) comme étant aussi systématiquement actualisé par les communications du système politique (et non seulement par les communications du système de droit criminel). On perçoit cela par le fait que les auteurs parlent plutôt ici d'un « système de pensée *en matière* pénale » que d'un système d'idées « *du* système de droit pénal ». Il y a une sorte d'ambivalence quant à la possibilité de pouvoir parler d'une « appartenance » de ce système d'idées à un système social de fonction spécifique (système politique ou système du droit criminel).

criminelle et la *rationalité pénale moderne* ont une influence dans la pratique sociale courante qui consiste à demander plus de sévérité pour le droit criminel (*Idem* : 212). Ainsi, ce système d'idées « enseignerait » comment demander (au gouvernement) des choses, ferait des promesses sur les effets bénéfiques de la peine et créerait des expectatives généralisées à son égard. Une des promesses serait, par exemple, que la peine dissuaderait les criminels de commettre les actes les plus graves. Et cette promesse ne semble pas ébranlée, même si elle est fréquemment contredite par les faits (*Idem* : 214). Bref, l'attitude du demandeur serait en partie la conséquence d'un « *bras pédagogique invisible* » qui symbolise l'influence du système d'idées de la rationalité pénale moderne sur les acteurs sociaux qui présentent des demandes.

On voit alors que la question de l'influence sur la création de la loi pénale est traitée dans ce travail d'une façon encore un peu différente des autres textes, y compris ceux qui ont traité de l'influence à travers la connaissance juridique.

Ce type d'analyse semble présenter deux grands défis. Le premier se traduit par le fait qu'on ne se rend pas facilement compte du poids de cette influence, assez abstraite et finalement invisible tellement elle est ancrée dans notre « culture pénale occidentale ». Le deuxième se traduit par la difficulté de déterminer le degré d'influence de ce système de pensée chez les acteurs sociaux, notamment chez ceux qui ne sont pas des professionnels du système de droit. Évidemment, ce deuxième problème de la détermination du degré d'influence n'intéresse pas la théorie des systèmes *sociaux* dans la mesure où elle ne tient pas à connaître ce qui se passe, comme tel, *dans les systèmes psychiques*. Pour la théorie de la rationalité pénale moderne, il est suffisant d'observer empiriquement que les « acteurs » *reconduisent* les communications de ce système d'idées, qu'ils aient ou non « auto-intériorisé » plus ou moins profondément ces idées elles-mêmes au point de les concevoir comme étant « leurs idées ». Ceci, pour la théorie, est *un autre* problème, qui peut effectivement être posé par un observateur intéressé par la question.

Rappelons pour conclure que mon objectif dans cette troisième partie n'était pas de faire à proprement parler une « revue de la littérature », mais d'indiquer, à l'aide d'un examen de cette littérature et de la sélection d'un petit nombre de textes, certains points de convergence et de divergence avec ma propre recherche et mon cadre théorique portant sur ce système d'idées appelé « rationalité pénale moderne ».

CHAPITRE II

« L'ÉTUDE DE CAS DE LA CRÉATION DE LA LOI CONTRE LA TORTURE AU BRÉSIL: QUESTIONS MÉTHODOLOGIQUES »

Avant de rentrer dans le vif du sujet, c'est-à-dire dans des questions plus reliées à mes données, je veux faire quelques réflexions générales concernant les deux choix méthodologiques de base faits dans cette thèse : d'abord l'adoption de l'approche qualitative et ensuite la mise en forme de la modalité *étude de cas* pour développer mon objet de recherche.

2.1 L'approche qualitative

Comme je le disais dans l'introduction de la thèse, le volet empirique de ma recherche doctorale se caractérise par une approche globale qualitative du type *étude de cas*, où mon objectif est d'observer l'actualisation par le système politique de certaines idées (ou d'un certain système de pensée) lors de la mise en forme des lois criminelles, et ce à partir du cas concret de la création de la loi contre la torture au Brésil. De cette façon, je crois pertinent de préciser davantage la signification que l'expression « approche qualitative » prend dans ce travail ainsi que l'idée « d'étude de cas ». Pour l'instant, je me tourne vers le premier problème pour mettre en évidence quelques aspects qui concernent, plus ou moins directement, ma recherche.

Je traite de la distinction entre qualitatif et quantitatif ici comme un simple résultat de l'observation accomplie par le chercheur et qui renvoie à deux modalités de mise en forme de la recherche empirique en sciences sociales. Il s'agit d'une distinction conceptuelle, où l'observateur va opposer ces deux catégories, de façon qu'un terme exclue nécessairement l'autre au niveau du sens. En distinguant ces deux concepts, il est permis d'observer deux types de recherches empiriques (qualitative et quantitative) indépendamment du cadre épistémologique choisi (par exemple, réaliste ou constructiviste). Ainsi, on peut parfaitement envisager une recherche qualitative bâtie sur une perspective réaliste ou une recherche quantitative bâtie sur le constructivisme. Et vice-versa. Dans le cas spécifique de ma recherche, je pars de la position *constructiviste*.

Adopter l'une ou l'autre des perspectives épistémologiques indique tout simplement la façon du chercheur d'établir son rapport avec la connaissance. On va dire qu'une recherche (ou une théorie) est constructiviste si elle part du présupposé que la connaissance n'est pas basée sur la correspondance exacte avec la réalité externe, mais sur les *constructions* de l'observateur (Corsi et al., 1996 :51). De ce fait, la réalité est toujours captée par l'observateur à travers des *catégories* et non à travers des données brutes. Pour le réalisme, par contre, on croit que les théories sont en mesure de décrire à quoi ressemble réellement le monde, tel qu'il se présente. Il y aurait ainsi, pour les réalistes, un présupposé assez fort de correspondance avec la réalité, de sorte que la science serait capable de fournir des descriptions «*vraies*», c'est-à-dire qui seraient conformes au monde empirique (Chalmers, 1976 : 233). Pour le constructiviste, cette notion de vérité comme conformité ultime avec la réalité n'existe pas, car l'observation est toujours une opération de l'observateur qui choisit ses propres catégories (ou distinctions). Dans cette perspective, des objets comme les « neutrons », par exemple, n'existent pour la science que lorsque celle-ci dispose de catégories pour les observer. Ce que l'on observe, peut-on dire alors, c'est davantage le résultat du processus de constitution de l'objet par les catégories (Corsi et al., 1996 : 53) que la reproduction parfaite de la réalité. En plus, j'inclus ma recherche dans ce cadre épistémologique global pour considérer, entre autres, que l'observation empirique de certains objets est plus richement menée si elle est faite dans un processus visant à «observer les observations» (*observation de deuxième ordre*) (Ibidem). Je compte donc, à partir des mes propres catégories, identifier les distinctions utilisées par ce que j'observe (le système politique, à travers les représentants politiques) quand il observe lui-même quelque chose (par exemple, la création d'une loi pénale). Je reviendrai plus tard dans ce même chapitre sur cette distinction entre l'observation de premier et de deuxième ordre.

Ainsi, j'identifie ma recherche comme étant plutôt constructiviste, indépendamment du fait qu'elle soit caractérisée comme qualitative (ou quantitative). Ce second choix est fait à partir d'une réflexion sur les objectifs concrets de la recherche, sur les problèmes qu'on veut traiter (Pires, 1987: 95) sans que cela circonscrive ou détermine nécessairement l'option *épistémologique* ou même *méthodologique* de la recherche. Je vais y revenir plus tard. Pour l'instant, je soulève l'importance de ne pas déformer la distinction générale qualitative/quantitative et de ne pas la ramener à une formule réduite et figée, en diminuant ainsi sa portée heuristique. Par exemple, les méthodologues qualitatifs incluent assez souvent dans la définition du qualitatif la dimension théorique de la recherche et représentent le quantitatif comme étant réduit à la dimension présentée sous la forme de «chiffres», en opposant ainsi théorie et données empiriques. De la même façon, on ne doit pas non plus identifier

chaque côté de la distinction (qualitative/quantitative) avec des courants de pensée spécifiques, comme l'interactionnisme (pour le qualitatif) et le positivisme (pour le quantitatif).

En fait, cette distinction est appliquée d'une façon plus globale pour aider à observer exclusivement les recherches *empiriques* et ce, par rapport à leur approche empirique *générale*, ce qui comprend la façon de présenter et de traiter les données. On peut envisager, bien entendu, une recherche qui combine les deux approches méthodologiques et qui soit donc considérée à la fois comme qualitative et quantitative. Il est, par exemple, possible de penser à une recherche *quantitative* si elle est construite à partir de « données *qualitatives* » (mots, comme des nouvelles publiées dans les médias). La situation inverse est cependant beaucoup plus difficile à imaginer car il n'est pas possible, à partir exclusivement de « données *quantitatives* » (chiffres), de construire une recherche *qualitative*. Autrement dit, on ne peut pas mettre en place une analyse qualitative à partir de données recueillies quantitativement (à partir des données du recensement, par exemple). Notons que le terme *analyse* fait ici référence à *manière de traiter les données* et non à *interprétation* ou *théorisation*. En effet, puisque toute théorie est nécessairement qualitative, il n'y a aucun sens à utiliser la distinction qualitative/quantitative pour parler d'interprétation ou de théorie (Pires, 2006c).

Ainsi, lorsque je parle d'une « approche qualitative » dans ce sens global, je fais référence à l'utilisation de *méthodes qualitatives*. Celles-ci incluent autant des méthodes de *cueillette de données* (l'entrevue, l'observation participante, le repérage de documents écrits, etc.) que des méthodes (qualitatives) *d'analyse* du matériel (Archambault et Hamel, 1997 : 77). Avec cette première précision, il est désormais possible de faire la distinction entre les *méthodes qualitatives* et la *méthodologie qualitative*. Celle-ci serait plutôt une réflexion, d'origine épistémologique ou technique, portant sur les méthodes qualitatives (Idem, 1997 : 75).

Cependant, cette définition de la *méthodologie qualitative* peut nous amener à croire qu'il existe, globalement parlant, deux méthodologies entièrement distinctes. Or, à l'instar de Pires (1987), je reconnais que toute méthodologie de recherche empirique en sciences sociales partage un certain nombre de questions d'ordre général qui concernent les deux approches (questions qui renvoient, par exemple, au problème du rapport théorie/empirie ou à la logique de la justification des assertions scientifiques et à celui de la créativité [Pires, 1985 : 59]). L'expression «méthodologie qualitative ou quantitative» indique seulement l'orientation que le méthodologue ou le chercheur va donner à ses réflexions.

Le problème de parler de «deux méthodologies» se traduit, entre autres, par le renvoi au problème d'«inférer une position épistémologique à partir de l'emploi d'une technique d'observation», de façon telle que les chiffres renverraient nécessairement à une méthodologie objectiviste (positiviste) et les lettres, à une méthodologie nécessairement subjectiviste (constructiviste) (Pires, 1985 : 97). Le résultat de cette attitude est qu'on finit par déterminer une position « épistémologique » à partir d'un choix « technique », qui dépend à son tour de l'objet à observer. Les techniques d'observations (les lettres et les chiffres) n'ont pas d'attributs épistémologiques immanents, ni ne véhiculent nécessairement une théorie en particulier (Idem : 101).

À partir des remarques critiques de Pires (1985), je considère alors l'expression *méthodologie qualitative*, telle qu'utilisée ci-dessus par Archambault et Hamel (1997 :75), pour indiquer exclusivement non la spécificité de la méthodologie comme telle, mais seulement l'approche (qualitative ou quantitative) qu'on serait en train de privilégier pour mettre en place une observation méthodique.

L'expression *recherches qualitatives*, quant à elle, est donc employée ici pour indiquer les recherches empiriques qui ont donné un traitement qualitatif aux données recueillies. Ainsi, dans cet univers des recherches qualitatives, on observe une tendance générale à mettre l'accent sur la construction théorique. Rose (1982) adopte une distinction entre « theory-testing » et « theory-construction », qui, à mon avis, est très utile pour visualiser cette tendance et pour réfléchir sur les caractéristiques de la recherche qualitative en général. Cette distinction employée par Rose ne remplace pas celle entre « qualitative » et « quantitative », mais l'on observe dans la pratique que les recherches qui utilisent les méthodes qualitatives se rangent très souvent dans la catégorie «élaboration (construction) d'une théorie».

Dans le cadre des recherches de type « élaboration de théorie », Rose (1982) utilise la notion de *théorie* pour faire référence à l'ensemble des propositions sociologiques découlant, comme résultat, de la recherche. Ces *propositions sociologiques* ou *théoriques* sont alors des formulations sur des relations établies entre les concepts. On peut dire que cette modalité de recherche (« élaboration de théorie ») se traduit par la construction de concepts et de leurs relations (Rose, 1982 : 127) à partir des données empiriques. Il faut noter que cette « nouvelle » théorie, construite par la recherche empirique en question, s'insère usuellement aux niveaux micro ou méso de la réalité.

En fait, dans les sociétés complexes, les chercheurs opèrent nécessairement des choix entre trois niveaux d'observation de sorte qu'ils doivent être absolument vigilants pour ne pas affirmer ou laisser entendre qu'il est possible de tout dire sur un niveau (micro, par exemple) à partir d'un autre (macro), et vice-versa (Pires, 2006c). Chaque niveau exige un travail conceptuel propre. Ceci dit, il est alors prudent de garder à l'esprit que lorsqu'on construit des théories à partir de nos données empiriques, on est dans la majorité des cas aux niveaux micro ou méso. Pour des raisons diverses, même si elles sont parfaitement faisables, les recherches articulant le niveau macro avec les niveaux méso ou micro restent plus rares. Il importe ici de tenir compte du fait que dans le cas de cette articulation avec le plan macro, la logique de sélection des données et la perspective d'analyse vont nécessairement se modifier.

Quand Rose formule cette idée que les recherches qualitatives sont très souvent en quête d'une théorie, on doit lire cette affirmation comme une tentative de caractériser l'approche qualitative par opposition à l'approche quantitative qui serait normalement plus préoccupée à tester une théorie préexistante qu'à en bâtir une. Cependant, Pires (2006c) soulève que cette distinction *vérification/construction* de théories, communément mise en œuvre par les chercheurs qualitatifs, pose au moins un problème grave : elle réduit les options de recherches théorico-empiriques qui sont effectivement à la disposition des chercheurs. Ainsi, poursuit-il, si l'on considère, par exemple, une recherche « d'élucidation de problèmes », c'est-à-dire une recherche qui utilise une perspective théorique pour résoudre des problèmes ou pour proposer une autre façon d'observer et de décrire certains aspects de la réalité, elle reste en dehors du cadre de la distinction. Et peu importe si cette recherche s'insère dans l'approche qualitative ou quantitative.

Comme je l'ai dit, cette distinction présentée par Rose permet d'observer certaines tendances privilégiées par les recherches qualitatives (élaboration de théories) et quantitatives (vérification de théories). Mais j'ai indiqué aussi, en me référant à Pires, les limites de cette distinction, limites desquelles je vais tirer profit pour situer ma propre recherche. En effet, cette dernière se situe quelque part entre les deux types indiqués par la distinction de Rose : elle n'est ni une recherche centrée sur la vérification de théories ni à proprement parler une recherche (micro ou méso sociologique) impliquant une construction théorique. Elle s'approche plus d'une recherche visant à résoudre des problèmes et à re-décrire (décrire d'une autre manière) certains aspects de la réalité, en l'occurrence le processus de création de la loi. D'une part, pour faire cette re-description, j'ai besoin d'un cadre théorique préalable bien établi : la rationalité pénale moderne et la théorie des systèmes. D'autre part,

et aussi pour réaliser cette re-description, j'ai besoin d'une approche empirique souple, susceptible de m'aider à élaborer ou à re-construire, le cas échéant, certains aspects de la théorie de départ.

Cette question est reliée au problème épistémologique de la distinction déduction/induction en sciences sociales. Le problème que pose l'utilisation de cette distinction est qu'on doit nécessairement se placer d'un des deux côtés et exclure complètement l'autre. Pourtant, on est plus ou moins d'accord aujourd'hui sur le fait qu'il n'existe pas d'observation sans la présence de quelque type de théorie qui la précède et la met en contexte (Chalmers, 1976). Même dans l'approche connue sous l'appellation *théorie ancrée* (« Grounded theory »), qui s'« autodéfinit » comme une méthode où le chercheur doit être libre de toutes théories préconçues[1] (Strauss et Corbin, 2004), il est évident qu'une vision quelconque du monde et de l'objet fonctionne toujours comme point de départ pour aller sur le terrain empirique. Ma recherche, encore une fois, illustre les limites de l'opposition radicale entre déduction et induction. Celle-là opère en quelque sorte dans une zone grise entre les deux faces car, comme je l'ai déjà dit, il ne s'agit pas exactement de « construire une théorie » sans considérer aucune théorie préalable ni d'aller vérifier empiriquement la valeur d'hypothèses explicatives d'une théorie spécifique.

Dans le cadre de ma recherche sur la création de la loi, je suis consciente que je ne peux pas observer quelques aspects de la relation complexe au plan des idées entre les théories de la peine et la création des lois criminelles par le système politique à partir des données recueillies, sans le cadre théorique dans lequel je m'inscris, c'est-à-dire sans les réflexions antérieures (de nature théorique et aussi empirique) qui ont contribué à former le concept de la *rationalité pénale moderne*[2]. Ce concept fonctionne comme un repère pour l'indication du système de pensée qui est actualisé autant par le système juridique que par le système politique. La théorie des systèmes, quant à elle, m'invite à observer le système politique et le système juridique comme deux systèmes autonomes. Dans ce sens, je m'écarte de la théorie ancrée, parce que je compte sur un arsenal théorique assez puissant pour baliser ma recherche. Par contre, j'envisage certainement l'élaboration théorique, c'est-à-dire la construction et l'articulation de concepts à partir de l'analyse du matériel empirique. Cette « micro-théorie », à son tour, doit être confrontée au cadre théorique plus large, soit pour le préciser ou pour l'adapter, soit pour le complexifier davantage.

[1] Sauf s'il s'agit de l'élaboration et de l'extension d'une théorie existante (Strauss et Corbin, 2004 : 30).
[2] À cet égard, voir Pires (1998a).

2.2 Les études de cas

Pendant longtemps, l'étude de cas a souvent été conçue comme synonyme de « recherche qualitative », par opposition aux méthodes statistiques (quantitatives) (Pires, 1982 : 17; Poupart, Lalonde et Jaccoud, 1997; Pires, 1997). Encore aujourd'hui, la définition et les limites de cette notion ne sont pas assez nettes. On peut trouver, par exemple, l'utilisation de l'expression « étude de cas » pour indiquer le choix méthodologique du cas unique (Poupart, Lalonde et Jacoud, 1997 : 71). D'autres perceptions trompeuses peuvent réduire la recherche centrée sur l'étude de cas tout simplement à une étape exploratoire pour d'autres types de recherches ou encore comme un moyen de collecte de données, telles l'ethnographie ou l'observation participante (Yin, 1994).

Dans ce travail, je considère « l'étude de cas » comme une *modalité* de la recherche qualitative qui peut compter sur plusieurs *méthodes* pour arriver aux résultats visés (Hamel, 1993). On voit alors que la confusion entre les notions d'étude de cas et de recherche qualitative proprement dite n'est pas un hasard. Les deux sont des concepts assez larges qui incluent, entre autres, une pluralité de méthodes. En outre, pour contribuer à la confusion, ce sont normalement les *méthodes qualitatives* qui figurent parmi les stratégies choisies par les chercheurs qui réalisent des études de cas. Cependant, rien n'empêche que certaines de ces études fassent usage, parmi d'autres, de méthodes quantitatives (Feagin et al. 1991).

Par ailleurs, la notion d'étude de cas ne se confond pas non plus à « l'étude de cas *unique* ». Car, l'étude de cas ne se limite pas nécessairement à étudier un cas singulier, c'est-à-dire à tenir compte exclusivement d'un individu spécifique ou encore d'un groupe, d'une communauté ou d'une institution déterminées comme objet empirique (ibidem). On peut facilement réaliser une recherche autant pour étudier un cas singulier que pour contraster ou comparer plus d'un cas (Yin, 1994). Bref, on peut dire que pour caractériser une *étude de cas*, comme d'ailleurs pour toute démarche qualitative, ce qui est pertinent n'est pas tant le nombre de cas utilisés – même si dans la pratique ce nombre est assez réduit – que la profondeur de l'investigation. Notons que la notion de « profondeur » employée ici indique uniquement la manière de construire la recherche et non sa qualité (ou complexité), comme il l'a été déjà suggéré par certains chercheurs qui privilégient l'approche qualitative. Inspirée par Pires (1997 : 52), je définis provisoirement l'idée de « profondeur » comme la possibilité d'explorer un cas déterminé du point de vue de *l'intérieur* ou à partir d'en *bas*. Ainsi, à l'instar de Feagin et al. (1991 : 02), je considère l'étude de cas comme une

enquête en profondeur et à multiples visages sur un phénomène social qui utilise (la plupart du temps) des méthodes qualitatives de recherche.

Et en ce qui concerne ces méthodes, tant de cueillette que d'analyse des données, elles peuvent être très variées (Hamel, 1993 :45). Yin (1994) va même dire que la force singulière des études de cas est justement cette habilité à travailler avec une multitude de données provenant de différentes sources, tels les documents, les entretiens et les observations. La diversification des sources d'information permet l'observation du même phénomène à partir de plusieurs dimensions ainsi que l'établissement d'un rapport de complémentarité entre les données. Tout cela finit par enrichir et complexifier les données à analyser, de façon à permettre la saisie de quelques subtilités du monde social (Feagin et al., 1992).

Une autre caractéristique traditionnellement attribuée aux études de cas et qui peut aussi créer des malentendus, c'est leur aspect *descriptif.* Même si on parle de description en profondeur, on ne peut néanmoins limiter l'étude de cas à un objectif exclusivement descriptif : la recherche peut viser aussi à la *compréhension* du phénomène. Si tel est le cas, la description est sans soute préalable à la compréhension, mais pour arriver à celle-ci, selon Hamel, on aurait besoin d'établir des rapports entre la partie du phénomène social qui correspond à la description et ses autres parties et d'en appliquer un modèle théorique abstrait. Hamel (1993 : 39) favorise cette démarche compréhensive plus globale et caractérise alors l'étude de cas comme une « description compréhensive » (*comprehensive description*), où l'on présume une théorie à partir de laquelle on va essayer de comprendre la singularité des relations établies entre les éléments issus de la description[3].

Quand on parle de comprendre un phénomène quelconque, on prétend que cette compréhension sera, à son tour, valable pour tous les cas du même type. Cependant émergent parfois quelques problèmes épineux qui ont été traditionnellement attribués à l'étude de cas : si on étudie un cas (ou quelques-uns) en particulier, comment peut-on conférer à cette étude une valeur de généralisation (Hamel, 1993)? Ou encore, comment fait-on pour arriver à la sélection d'un cas et affirmer qu'il est représentatif?

La sélection du cas est représentative non pas à cause de la fréquence observée, mais en raison de la théorie sociologique initiale, qui met en contexte le cas comme un point d'observation

[3] Dans le même sens, Yin (1994 : 13) va qualifier l'étude de cas de stratégie de recherche «compréhensive» (*comprehensive research strategy*).

d'un objet d'étude. Dans ce sens, Hamel va dire que la sélection du cas est plutôt *théorique*, puisqu'elle est essentiellement basée sur un choix théorique qui la précède (Hamel, 1993 : 44). Cette *représentativité théorique* doit faire toujours appel à l' « imagination sociologique » qui doit guider autant les stratégies méthodologiques que les critères utilisés pour choisir le cas (*Idem* : 36).

Les enjeux de la représentativité sont intimement liés à la question de la généralisation. J'utilise ici l'idée de « généraliser » pour indiquer la possibilité de formuler abstraitement des explications (ou des compréhensions) issues des données. Toutefois, généraliser ne signifie pas retrouver des choses *identiques* dans le monde social, mais des *composantes transposables* (Becker, 1998 :11) qui nous confèrent une « capacité de voyager » à travers les données et de nous décoller de ce qui est trop singulier. Autrement dit, la généralisation théorique renvoie moins à la correspondance absolue des faits avec la réalité qu'à la possibilité de retenir « dans un esprit critique une série de clés qui peuvent aider à comprendre ce qui se passe ailleurs » (Pires, 1997 : 152).

Pires (1997 : 149) distingue deux niveaux de généralisation : le niveau empirique et le niveau théorique. Dans le cadre de recherches de type *étude de cas*, on n'opère que la généralisation *théorique* ou *analytique*. Ces recherches ont normalement comme objet une *totalité particulière* (idem : 119) de sorte qu'on va circonscrire comme objet d'étude le cas (ou les cas) dans son entièreté, c'est-à-dire sans en prélever aucune partie afin de représenter le tout. On passe alors directement du corpus empirique à un niveau théorique global, et au lieu de décrire la procédure d'échantillonnage (au sens d'extraire une partie d'un tout), le chercheur va plutôt décrire son corpus empirique au complet (idem : 120). Pires attribue à ce type de recherche une *structure ouverte*, par opposition à celle qui se caractérise par une *structure close* ou *conventionnelle*, où le chercheur, puisqu'il ne peut pas tout étudier dans son univers empirique, doit nécessairement prélever un échantillon (au sens technique) pour former son corpus empirique.

Il est important de se rappeler aussi que cette généralisation théorique est à la fois fondamentale et floue (Pires, 1997 : 151). Cela veut dire qu'on peut envisager des adaptations partielles si on applique les résultats à d'autres cas dans des recherches futures. Ces caractéristiques, qui valent aussi pour les généralisations théoriques issues des recherches avec une structure close, n'empêchent cependant pas de saisir, d'une façon assez précise, des traits subtils et dispersés de la vie sociale.

2.3 Le cas de la création de la loi contre la torture au Brésil

La création de la loi pénale était en effet une des voies possibles que je pouvais emprunter pour travailler sur la problématique de l'actualisation de la *rationalité pénale moderne*. Il fallait alors trouver un cadre empirique et des méthodes de recherche permettant une investigation sur le rôle de cette rationalité dans la création des lois pénales. Indépendamment du cadre empirique choisi, le gros défi à relever portait sur la nature des composantes de la réalité à observer. Il s'agissait de saisir des indices d'un système de pensée à travers l'analyse de faits institutionnels (comme la création d'une loi). Cela veut dire qu'il fallait trouver des situations ou des événements où un tel système de pensée aurait pu avoir la chance d'être actualisé, pour ensuite en analyser les traits.

Ayant toujours en tête la question de l'influence des idées propres à la rationalité pénale moderne dans le processus politique de création des lois, il fallait trouver des cas de création de lois pénales où il serait théoriquement intéressant d'observer ce phénomène. Je veux dire par là qu'il fallait choisir des processus qui présentaient un contenu minimalement riche en ce qui a trait aux discussions sur le droit pénal et particulièrement sur les peines, sans tomber dans le piège de choisir le cas d'une loi apparemment intéressante autour de laquelle le contenu des discussions se révèle pauvre. Ainsi, au début de mon travail exploratoire sur le terrain, il n'était pas encore clair si je réaliserais une étude de cas portant sur une seule loi ou sur plusieurs. Cette décision dépendait, entre autres, de la quantité et de la qualité du matériel, aussi bien que de son accessibilité. À ce moment-là, ma décision de réaliser la cueillette de données exclusivement au Brésil (et non au Canada, par exemple) était par contre presque définitive. Cette option a non seulement été due surtout à l'idée de cumuler plus de données dans un seul pays pour unifier la réflexion théorique, mais aussi à ma familiarité avec la culture et les institutions (politiques et juridiques) brésiliennes.

Pour entrer dans la thématique de la création des lois pénales, une recherche à titre de prospection a été effectuée aux archives du Parlement au Brésil. Parmi les options disponibles, mon regard s'est posé sur trois lois spécifiques (la loi contre la torture, la loi contre les crimes haineux et la loi sur les crimes contre l'environnement), mais je n'ai finalement gardé que la première. Considérant qu'il n'y a pas beaucoup de lois pénales (1) relativement récentes (datant au moins des années 1990) traitant d'un sujet considéré comme important sur la scène pénale (et non d'aspects secondaires, tels des changements de formulations dans la loi et (2) dont les débats aient été fructueux et parlant en ce qui concerne les idées et les connaissances (pénales) utilisées par la politique, la présélection de ces trois lois a été d'une certaine manière imposée par les circonstances.

Dès les premières lectures de ces documents, le processus de création de la loi contre la torture semblait le plus attirant à plusieurs égards. Les débats étaient d'abord plus riches relativement aux discussions sur le droit pénal, tels le choix des sanctions, les objectifs des peines criminelles, la gravité des crimes et la nécessité de protection de la société par le droit pénal; de plus j'y ai trouvé une thématisation sur les droits de la personne qui pourrait bien illustrer quelques enjeux de ma thèse. Par contre, les documents portant sur les deux autres processus étaient moins éclairants dans le sens que les éléments intéressants étaient apparemment plus cachés ou moins explicites. Dans les débats parlementaires, par exemple, j'ai trouvé beaucoup de discussions soit trop « administratives » ou « bureaucratiques » (par exemple, sur l'ordre ou la priorité des thèmes à être discutés, sur l'organisation interne des commissions, etc.) soit «purement» politiques, concernant les rapports de forces entre les partis politiques ou les désaccords entre le gouvernement et l'opposition.

Ces premières impressions sur le cas de la loi contre la torture, issues de la lecture non seulement de quelques débats parlementaires mais aussi des autres documents disponibles, tels des nouvelles des journaux et des articles sur la doctrine juridique, ont été confirmées après une analyse plus approfondie du matériel (qui inclut des conversations informelles avec des personnes directement impliquées dans la création de ladite loi). Ainsi, le processus de la création de la loi contre la torture m'est apparu petit à petit comme un cas assez puissant pour entrer dans le cadre empirique de ma recherche et peut-être s'y placer avec la qualité de cas unique.

2.3.1 L'échantillonnage ou la constitution du corpus empirique

Pires (1997:113) soulève que le mot « échantillon » peut faire référence à deux idées: (1) le résultat d'une démarche visant à prélever une partie d'un tout et, (2) dans un sens plus large, le résultat d'une opération visant à constituer le corpus empirique d'une recherche. C'est dans ce deuxième sens que je prends ici la notion d'échantillon pour l'utiliser dans l'étude de cas. En fait, ce sens plus large peut être appliqué autant sur des données qualitatives que quantitatives ainsi que sur les deux types de structure de recherche (*close* ou *ouverte*). D'ailleurs, selon Pires (1997: 115), la question de l'échantillonnage devrait être toujours explicitement reliée au choix concernant le traitement des données: on choisit d'abord la manière de produire des données et on y applique ensuite une modalité d'échantillonnage quelconque. Autrement dit, on doit d'abord réfléchir sur le statut des données (qualitatives ou quantitatives) pour parler de l'échantillon et non pas le contraire (Pires, 1997 : 116).

Pires (*Ibidem*) dit qu'au lieu d'utiliser la distinction entre échantillon *probabiliste/non-probabiliste*, utile pour les données quantitatives, il s'avère plus intéressant dans les recherches qualitatives de travailler à partir de la distinction *cas unique/cas multiples*. Et parmi les *cas uniques*, on trouve trois types d'échantillon: acteur, milieu et événement. Par ailleurs, du côté *cas multiples*, on trouve les échantillons par contraste, par homogénéisation et par quête du cas négatif. Puisque ma recherche portera sur l'étude d'un cas spécifique, soit la création de la loi contre la torture au Brésil, je vais me concentrer sur la caractérisation faite par Pires (1997) de l'échantillon par cas unique.

L'*échantillon d'acteur* construit son corpus empirique autour d'une personne ou d'une famille. Cette technique est très utilisée dans les recherches type *histoires de vie*. Dans *l'échantillon de milieu*, par contre, le corpus empirique est formé à partir d'endroits concrets, comme le quartier d'une ville, un hôpital psychiatrique etc. Enfin, l'*échantillon événementiel* porte normalement sur un événement relativement rare, bien qu'on puisse aussi concevoir la sélection d'un événement plus ordinaire (Pires, 1997: 135-136). Pour cette sélection, le plus pertinent est d'observer si l'événement présente des caractéristiques jugées stratégiques pour la connaissance (Pires, 1997: 137).

La création d'une loi quelconque apparaît comme un échantillon de type *événementiel*. En effet, on ne pourrait pas la concevoir comme un *échantillon d'acteur* ou *de milieu*. Bien que les activités législatives se passent à l'intérieur du Parlement, ce n'est pas l'institution en tant que telle qui m'intéresse, mais plutôt un événement particulier dans le cadre de cette institution. Certes, en tant qu'événement, la production d'une loi est d'une longue durée (le processus de création de la loi de torture a pris 7 ans[4]). En outre, la création de lois est un processus ordinaire et courant dans les sociétés modernes. Comme nous l'avons vu, selon les remarques de Pires (1997), la rareté (ou la fréquence) n'est pas une caractéristique importante pour le choix du cas; ce qui compte, c'est l'aspect stratégique de l'événement pour la connaissance, c'est-à-dire la richesse du contenu pour la recherche. Je vais y revenir, mais je peux déjà affirmer que dans le processus de création de la loi contre la torture, on trouve des éléments très marqués de la migration d'idées entre le discours juridico-pénal et celui qui est politique, tel l'usage par certains politiciens de la théorie (pénale) de la dissuasion.

S'il s'agit d'un individu, d'un endroit ou d'un événement, le fait est qu'on doit opérer une sélection pour arriver à un seul cas qui nous apprendra quelque chose et qui nous éclairera aussi sur le phénomène général auquel il se réfère (Becker, 1998). Pires (1997 : 142) présente quelques critères

[4] À compter du dépôt du projet de loi qui a déclenché toutes les étapes suivantes jusqu'à la promulgation de la loi.

pour la sélection du cas: la pertinence théorique, les caractéristiques et la qualité intrinsèque du cas, la typicité ou l'exemplarité, la possibilité d'en apprendre quelque chose, son intérêt social et l'accessibilité à l'enquête. Selon l'auteur, au moins les deux premiers sont incontournables.

Si l'on prend le premier critère mentionné ci-dessus (la pertinence théorique), la sélection du cas doit être strictement liée à l'objet de recherche et à la toile de fond théorique qui le soutient. Même un seul cas peut être sociologiquement très parlant si les rapports entre l'objet et les informations obtenues à partir des données sont bien établis et surtout s'il rencontre des objectifs de l'investigation (Hamel, 1993). Selon Bourdieu, cité dans Hamel (1993: 35), « A well constructed single case is no longer singular ».

À la suite de ces considérations plus générales, je vais maintenant essayer de préciser davantage les critères utilisés pour arriver au choix définitif du cas de la loi contre la torture. À partir de la liste de critères proposés par Pires (1997 :142) pour la sélection du cas (quand il s'avère unique), retenons les deux qu'il considère comme les plus fondamentaux ou incontournables : (1) la pertinence théorique et (2) les caractéristiques et la qualité intrinsèque du cas. En d'autres termes, si d'un côté il faut absolument que le rapport entre le cas et la problématique (théorique) de la recherche soit explicite, de l'autre, il faut que le cas démontre une richesse minimale pour permettre d'en extraire suffisamment d'éléments pour l'analyse.

À mon avis le cas de la création de la loi contre la torture semble tenir compte de manière assez satisfaisante des deux critères mentionnés. Du point de vue de la pertinence théorique, une loi contre la torture devrait pouvoir fournir du matériel sur le système d'idées (la *rationalité pénale moderne*). Dans le cadre de ce système, la peine doit compter sur des mesures assez punitives, d'où la valorisation de la prison comme sanction par excellence dans toutes les législations pénales occidentales. Or, la manière de penser, propre à la *rationalité pénale moderne*, n'est pourtant pas explicitée ou caractérisée en tant que « logique de penser » dans le quotidien des opérations des systèmes. Ce qu'on observe est une actualisation (disons inconsciente) de cette « rationalité » dans les discours et dans les prises de positions qui concernent le droit pénal, spécialement les peines. Pires (2008b : 18) rappelle que « les acteurs sociaux, dans le cadre le leurs communications, font rarement des références explicites aux théories de la peine. (...) la grande majorité d'entre eux ne sont même pas conscients du fait que « leur » motif est aussi un motif sélectionné par la théorie, ou même qu'en actualisant ce motif on actualise simultanément une théorie enracinée dans l'histoire occidentale ».

Le cas de la loi contre la torture fait écho à maints égards à ce discours et offre plusieurs pistes pour son observation empirique. D'abord, comme il s'agit de la création d'une loi par le Parlement, cela nous plonge directement dans l'univers de la politique. La lecture préliminaire des documents et les conversations informelles ont fait ressortir, en général, que l'activité législative de création de cette loi reprend clairement quelques-uns des éléments propres au système de pensée, notamment celui de la gravité des peines. Je vais donner quelques exemples, certes encore très généraux, pour illustrer cette affirmation.

Jusqu'en 1997, il n'y avait pas au Brésil de loi portant spécifiquement sur le crime de torture. En dépit du fait que sous la période de la dictature militaire on ait connu plusieurs cas de torture politique, la torture avait été jusque là punie à travers d'autres crimes, à savoir les lésions corporelles, la contrainte illégale, les mauvais traitements, etc. Dans les années 1990, après l'adhésion du Brésil à quelques conventions internationales contre la torture[5] et l'émergence de quelques cas (qui ont particulièrement attiré l'attention du public) de violence policière, y inclus des cas de torture, la discussion sur le thème s'est retrouvée sur la place publique. On en trouve des manifestations dans les journaux, dans la doctrine juridique, dans les discours politiques, dans les mouvements sociaux, tous en faveur de l'élaboration d'une loi spécifique contre la torture et en faveur de la détermination de peines rigoureuses.

Dans l'univers des activités parlementaires – mon foyer primordial d'intérêt – les documents issus du Parlement, notamment les transcriptions des débats, les rapports des commissions et les projets de lois, présentent des positions nettes par rapport à l'importance de la création d'un crime spécifique de torture avec des peines très sévères. Selon les justifications du ministre de la Justice dans le projet de loi à l'origine de toutes les discussions qui amèneraient à la création de la loi proprement dite, « l'inexistence d'une loi (criminelle) spécifique contre la torture aurait généré l'impunité totale et conséquemment l'augmentation des cas de torture ». À son avis, les peines doivent être assez sévères pour empêcher une telle conduite; ainsi, il a proposé des peines de 2 à 5 ans pour la torture « simple », de 4 à 8 ans si des lésions corporelles sont causées par la torture, et de 8 à 16 ans si la torture conduit à la mort.

[5] Convention de l'ONU contre la torture et d'autres traitements cruels et dégradants et Convention interaméricaine pour prévenir et punir la torture.

Dans un rapport issu de la Commission des droits de la personne (de la Chambre des députés), on apprend que la criminalisation de la torture signifie un pas symbolique très important vers la protection effective des droits de la personne, que la torture est un acte répugnant, considéré comme un des plus graves parmi toute la législation et qui mérite alors des peines très sévères. Les peines proposées dans le projet initial du gouvernement sont ainsi vertigineusement augmentées (de 4 à 8 ans pour la « peine-base »; de 9 à 14 ans dans le cas de lésions corporelles et de 25 à 30 ans dans le cas de mort). Comme on le verra plus tard, Pires (2004) présente les relations paradoxales entre le droit pénal et les droits humains comme un trait caractéristique de la rationalité pénale moderne, où la peine afflictive sévère est toujours vue comme la manière « obligatoire » de protéger les droits humains.

Un autre exemple très saillant vient des débats au Sénat où on trouve, dans les discours politiques, la reproduction de la théorie de la dissuasion telle qu'utilisée dans le droit pénal. Une sénatrice, associée politiquement à la gauche, déclare que les peines (sévères) du projet sont fondamentales pour empêcher des types de comportement comme la torture (elle parlait aussi de la violence policière en général) et pour en finir avec le sentiment d'impunité qui stimule la pratique des crimes.

Ce qu'on voit dans ces exemples, c'est la présence des idées de la rationalité pénale moderne actualisée par les discours politiques. Dans le matériel analysé, on trouve autant l'actualisation d'une connaissance juridique « technique » (comme des règles techniques pour la rédaction d'une loi) qu'un groupe d'idées plus abstraites (comme les théories de la peine criminelle) actualisées à la fois par les systèmes juridique et politique, comme je l'ai dit dans le chapitre I.

2.3.2 Les méthodes de cueillette des données

Deux méthodes principales sont retenues pour la cueillette de données : les entretiens qualitatifs avec des personnes qui ont participé directement à l'élaboration de la loi contre la torture ou travaillent avec le thème des droits de la personne et le repérage de documents officiels du Parlement. Cette diversification des types de données – caractéristique d'ailleurs marquante des recherches qualitatives – se justifie par la possibilité de compléter et/ou confirmer les informations repérées à travers une des méthodes choisies. Cette *triangulation de méthodes*, au-delà de la validation interne des résultats, permet une « forme d'observation différenciée (...) qui vise à éclairer

autrement le problème de la recherche » (Pires, 1987: 94)[6]. Le fait que mes questions de recherche visent à observer la *rationalité pénale moderne*, une dimension assez abstraite et diffuse de la vie sociale, m'amène à croire que la combinaison des deux méthodes s'avère une stratégie plus intéressante.

« Bien que bavard, le document demeure néanmoins sourd » de façon qu'on ne peut pas lui « demander des précisions » (Cellard, 1997 : 252). C'est justement la nécessité d'aller chercher des précisions, des approfondissements ou le dévoilement d'aspects non dits dans le « discours officiel » du document qui me renvoie aux entretiens comme source parallèle de données. En outre, cette combinaison permet de travailler sur les mêmes questions à partir de perspectives bien différentes : si, dans les documents, je trouve les versions officielles des manifestations sur les questions pénales, préparées intentionnellement pour devenir publiques, dans les entretiens, je suis capable d'aborder certains thèmes ou certaines questions d'une manière plus souple et plus en profondeur.

(a) *Les documents*

La création de la loi, telle qu'on la conçoit ici, est une activité essentiellement « parlementaire ». Elle implique des discussions et des prises de décisions opérées à l'intérieur de l'institution « Parlement » par des professionnels spécialement désignés (démocratiquement élus) pour réaliser cette fonction. Comme toutes les institutions publiques, le Parlement brésilien garde un registre de toutes ses activités, de manière à construire la mémoire de sa production législative. Puisqu'on ne conçoit l'existence des activités de production législative concrète qu'à l'intérieur du Parlement (même si l'on considère l'existence de toutes sortes de discussions, manifestations, oppositions, etc., sur la production des lois), les archives des activités législatives *parlementaires* s'imposent comme un des foyers de sources de données fondamentales pour mon investigation. Pires (2003b) écrit que les documents gouvernementaux, ainsi que les débats parlementaires, notamment quand ils présentent des énoncés de principes ou un effort de réflexion sur le sens de certaines décisions (tel le choix d'une peine), peuvent fonctionner comme une source pour observer la présence d'un système de pensée. Les rapports issus des Commissions internes du Parlement (telle la Commission de Constitution et Justice) qui traitent des modifications au droit pénal et qui les justifient toujours avec la même logique (qui comprend entre autres l'idée que plus les peines sont sévères, plus elles réduisent la criminalité), sont un exemple de reproduction et de stabilisation d'un système de pensée spécifique sur la peine.

[6] Feagin et al (1991 :18) vont utiliser l'idée équivalente de « triangulation de sources » (*triangulation of sources*), avec une portée peut-être un peu plus restreinte. Ils suggèrent justement que la variété de données peut être utilisée pour vérifier et valider les observations (« *cross-check and thereby validate observations* »).

Ainsi, le repérage des documents inclut principalement les dossiers produits officiellement par le Parlement en ce qui concerne la création de la loi contre la torture. Lors de ma première incursion sur le terrain, j'ai pu percevoir que cette production était quand même restreinte, si bien que je n'aurai pas besoin de faire quelque sélection préliminaire du matériel. Les documents dont je parle sont essentiellement le projet de loi sur la torture et sa justification, les propositions d'amendements au projet, les rapports issus des Commissions internes au Parlement (Commission de Droits de la personne et Commission de Constitution et Justice), les transcriptions des débats parlementaires tant à la Chambre des députés qu'au Sénat et tous les autres projets de loi sur la torture qui ont été présentés aux deux Chambres et qui n'ont pas été retenus.

Toutes ces « productions parlementaires » peuvent être qualifiées de *documents* selon Cellard (1997 : 253) puisque ce sont des textes écrits, des textes consignés sur papier. En outre, il s'agit de sources *exploitées* (et non *créées*, comme c'est le cas des entrevues) au fil de la démarche de recherche. De plus, vu qu'on parle des archives gouvernementales, on peut les classifier dans le domaine des documents *publics*, par opposition aux documents *privés*, tels que les archives d'institutions, d'entreprises, de communautés, etc., et les documents personnels (Cellard : 1997 :254).

Comme je l'ai déjà dit auparavant, je prétends suivre la tendance propre aux recherches qualitatives de diversification de sources et de types de données. Ainsi, j'ai complété mon travail dans les archives gouvernementales en dépouillant ce qui suit : (1) des nouvelles de journaux ou de revues du Brésil (des médias) qui traitent du thème de la torture (soit de la loi proprement dite, soit des cas qui ont porté sur la pratique de la torture) et qui expriment, d'une façon ou d'une autre, un point de vue sur les questions pénales centrales à ma recherche (comme le choix des peines, les objectifs du droit pénal, etc.); (2) des livres et/ou des articles de la doctrine juridique écrits sur le crime de torture ou plus largement sur la création de la loi figurent aussi parmi les sources « publiques » que j'ai consultées.

Il est temps maintenant de décrire l'*univers total* des documents qui composent mon corpus empirique. Il sont séparés en 4 catégories (1. médias; 2. doctrine juridique; 3. projets de loi sur la torture; 4. débats parlementaires et rapports de commission sur la loi 9455/97) :

i. Médias

Pendant la période qui va de 1984 au début de 1997, j'ai réuni 86 articles qui sont sortis dans des journaux et des revues d'actualité et qui ont traité de la question de la torture au Brésil (Voir Annexe 1 pour la liste des articles). Tous ces articles sont donc antérieurs à l'adoption de la loi anti-torture, même s'il y avait d'autres projets de loi sur ce thème alors en cours au Parlement. Pour la période après la promulgation de la loi contre la torture (entre avril 1997 et janvier 2006), j'ai réuni 71 articles, eux aussi issus des journaux et des revues à grand tirage au pays. Au total cela fait 157 articles des médias.

Les articles ont été trouvés dans les archives traitant des médias de la Bibliothèque de la Chambre des députés. Dans ces archives, il y avait une entrée sous le nom « torture » qui contenait lesdits articles, la plupart encore en papier : certains portaient sur la pratique de la torture au Brésil et dans le monde, d'autres traitaient de questions législatives et notamment de l'absence d'une loi spécifique sur ce crime. La sélection faite par ladite Bibliothèque comprenait certains journaux tels : *Folha de São Paulo, O Estado de São Paulo, Jornal do Brasil, O Globo, Jornal do Commercio, Gazeta Mercantil, Correio Braziliense, Jornal de Brasília* et certaines revues d'actualité telles que: *IstoÉ, Época* et *Veja.*

En ce qui concerne mon critère de sélection des articles, j'ai gardé tous ceux qui parlaient directement et indirectement de la question d'une loi contre la torture ainsi que tous ceux qui abordaient le problème et la difficulté de mettre fin à une telle pratique. Les articles qui se limitaient à décrire ou à dénoncer un cas de torture, sans aucune réflexion plus large sur le problème, n'ont pas été retenus.

ii. Doctrine juridique

Côté doctrine juridique, il y a un total de 48 textes écrits par des juristes, pour la plupart des pénalistes, sur la problématique du crime de torture (Voir Annexe 2 pour la liste des articles juridiques). Ces textes sont apparus dans des revues juridiques ou dans des revues portant sur les droits humains ou encore sous la forme de livres ou de chapitres de livres juridiques.

Avant 1997, j'ai réuni 13 articles écrits par des juristes (de 1983 jusqu'à 1996). Quant aux articles qui sont postérieurs à la loi, j'en ai réuni 35 qui datent d'avril 1997 jusqu'à 2001. Ces articles se penchent essentiellement sur des aspects généraux de la nouvelle loi contre la torture alors

adoptée, ainsi que sur des questions juridiques plus précises, comme les caractéristiques juridiques des crimes, les critiques juridiques sur des points spécifiques de la loi, etc.

La recherche de ce type de document a été faite dans plusieurs bibliothèques du pays, telles celles de la Chambre des députés (Brasília), du Sénat (Brasília), de la Faculté de droit de l'Université de São Paulo (São Paulo) et de l'Institut brésilien des sciences criminelles (IBCCRIM) (São Paulo). Le critère de sélection pour inclure tel article ou tel livre dans ma base de données empiriques a été le suivant : avant la création de la loi, le document écrit devait toucher le problème de la torture en tant que « crime » ou exprimer un rapport quelconque entre la fait de la torture et le droit criminel et, après la création de la loi, il devait aborder un aspect quelconque de la loi contre la torture ou encore traiter du problème de la criminalisation de la torture en général, par exemple dans d'autres pays.

iii. Projets de loi

Pour les projets de loi, j'ai réuni un total de 51 documents, qui comprennent des projets de loi proprement dits, des rapports de commissions de justice, des débats et des votes parlementaires, tous concernant la création d'une loi contre la torture ou la modification de la loi existante après 1997 (Voir Annexe 3 pour la liste des projets de loi et les rapports y afférents).

Entre 1980 et 1997, j'ai trouvé 14 projets de loi qui ont été proposés dans le but de créer un crime de torture. Parmi ces projets, 8 ont été initialement proposés à la Chambre des députés, 5 au Sénat et 1 est venu de l'Exécutif. Quelques-uns d'entre eux sont accompagnés de rapports de la commission de justice et 1 a même fait l'objet d'un vote au Sénat. Tous ces projets contiennent une proposition de texte pour la loi et une justification, d'où j'ai d'ailleurs extrait la plupart des citations.

Après 1997, j'ai réuni 23 projets de loi dont 22 émanent de la Chambre des députés et 1 du Sénat. En plus, il y a quelques rapports des commissions de la Chambre des députés, notamment de la Commission de Justice, qui ont analysé des projets de loi.

Ces projets, ainsi que les rapports y afférents, ont été obtenus sur les sites *web* de la Chambre des députés et du Sénat, avec l'aide d'un fonctionnaire du département qui s'occupe de la production législative (*Secretaria de assuntos legislativos* - SAL) du ministère de la Justice. Le critère de sélection utilisé dans ce type de documents a été (avant 1997) la création d'un crime de torture ou d'un crime pouvant comprendre des actes de torture ou (après 1997) tous les projets qui visaient à modifier quelque aspect de la loi.

iv. Débats parlementaires

Ce type de documents comprend le projet de loi 4716 de 1994, qui est à l'origine de l'actuelle loi contre la torture, les débats parlementaires qui eurent lieu à la Chambre des députés et au Sénat autour de ce projet et qui ont été transcrits et publiés dans les *Annales du Parlement*, les amendements au projet proposés par des députés et des sénateurs, les rapports des commission de Justice et des Droits de la personne de la Chambre des députés, le rapport de la commission de Justice du Sénat et le rapport du Conseil national de politique criminelle et pénitentiaire (relié au ministère de la Justice) (Voir Annexe 4 pour la liste de ces documents).

Ces documents ont été obtenus soit par l'Internet, dans les pages de la Chambre des députés ou du Sénat, ainsi que dans les archives de la Chambre des députés et du Sénat où j'ai pu avoir accès aux *Annales du Parlement*. Dans ces annales, j'ai trouvé les débats des deux Chambres sur le projet, les rapports de commissions ainsi que les amendements proposés individuellement par des politiciens (députés ou sénateurs). Il est possible qu'aujourd'hui ces documents soient disponibles sur l'Internet, mais au moment de mon travail sur le terrain (2006), ils n'étaient publiés que dans lesdites *Annales*.

Mon critère de sélection pour ce type de documents a été de ramasser tous les documents qui intégraient le processus officiel de passation de la loi par le Parlement et présentaient des idées, des opinions, des suggestions, des positionnements politiques. Autrement dit, je n'ai pas inclus dans ma base de données des documents purement administratifs, comme les notifications que le projet est arrivé à la Chambre des députés ou qu'il a été envoyé à tel ou tel commission, etc.

(b) *Les entretiens*

La réalisation des entretiens qualitatifs semble, à côté du repérage des documents « parlementaires », une méthode complémentaire pour observer l'infiltration d'un certain discours sur les peines dans le processus politique de création de la loi contre la torture. Comme je l'ai déjà mentionné, les documents produits par le Parlement ne sont pas a priori très nombreux; de plus, je l'ai déjà noté, ces documents reproduisent plutôt la version officielle des manifestations de façon telle qu'on peut toujours se demander quels sont les autres aspects non mentionnés dans les dossiers.

Ainsi les entrevues jouent-elles une double fonction dans mon travail : enrichir le corpus empirique formé par les documents et aussi apporter d'autres aspects à cette question de l'infiltration des idées pénales, la nuancer, l'approfondir, la complexifier. Les entretiens qualitatifs, en tant que

méthode souple, permettent une ouverture à la réalité qui a comme conséquence la possibilité de faire émerger un type d'information à la fois inattendue et approfondie. Compte tenu de mon objet, il me semble plus adéquat de mener quelques entrevues (j'ai réalisé 28 entretiens) en profondeur, au lieu d'appliquer un questionnaire très structuré.

Je vais considérer ici quatre manières possibles de classifier les entretiens menés à partir d'une approche globale qualitative. Ils sont d'une part classés entre entretiens structurés et entretiens non structurés et, d'autre part, entre ceux qui sont construits à partir de consignes et de reformulations et ceux qui reposent essentiellement sur des questions. La première distinction (structurée/non structurée) concerne l'ordre ou la séquence de l'entrevue : si l'ordre est préétabli, l'entrevue est alors structurée. La deuxième distinction, à son tour, concerne le style d'intervention de l'interviewer pendant le déroulement de l'entrevue, c'est-à-dire la manière avec laquelle l'interviewer s'adresse à l'interviewé[7]. La présence de questions préétablies implique une relation moins spontanée ou plus structurée entre l'interviewer et l'interviewé, pendant que l'utilisation de consignes et de reformulations implique l'établissement d'une relation plus souple, où c'est à l'interviewé de prendre la parole[8]. Ainsi, globalement parlant, une entrevue sera *non directive,* si on privilégie les reformulations, et que l'on ne prévoit aucun type d'ordre pour guider l'entretien. Par contre, l'entrevue sera caractérisée, aussi dans une perspective générale, de *semi-directive* si on travaille avec des reformulations, mais un ordre quelconque sera suivi.

Dans le cas de ma recherche, il ne m'a pas semblé très intéressant de trop structurer les entretiens; d'un autre côté, je ne crois pas non plus que l'entrevue complètement ouverte (non structurée et non directive) ait été la stratégie la plus adaptée à mon cas. Certes, les entretiens non directifs ont le grand avantage de permettre l'émergence d'une attitude proactive de la part de la personne interviewée, de sorte que celle-ci va définir sa propre façon d'explorer le problème posé. Cette ouverture de la méthode favorise l'apparition d'éléments inattendus et la construction d'un discours globalement très spontané. Conséquemment, les entretiens non directifs sont très utilisés dans les recherches portant sur les représentations sociales, qui incluent l'analyse des valeurs, des normes, des symboles, des idéologies. Bien que ma recherche se rapproche à plusieurs égards d'une

[7] Claude Faugeron (citée dans Pires [2003b]) indique cinq grands types d'intervention en cours d'entrevue, à savoir (1) la question (« - Pourquoi vous avez fait cela? »); (2) la demande d'explication (« - Je n'ai pas bien compris ce que vous voulez dire par là... »); (3) la reformulation (« -...vous avez alors quitté votre famille... »); (4) l'évaluation (« - C'est très bien... »); (5) la provocation (« - Est-ce que vous croyez vraiment que les choses se passent de cette façon? »).

[8] L'importance des consignes par opposition aux questions peut varier selon les thèmes (objets) de la recherche. Ce qui est important à mon avis pour caractériser la non-directivité, c'est l'usage de reformulations pendant l'entrevue.

sociologie des représentations dans le sens de faire ressortir des éléments présents dans des discours qui traduisent une manière spécifique de concevoir un aspect du monde social (ici, le droit pénal), l'entrevue non directive implique quand même ici des limites importantes.

En fonction des caractéristiques des éléments que je veux faire émerger à travers les entretiens, il semble que le type *semi directif*, c'est-à-dire partiellement structuré et construit à partir de consignes et de reformulations (et non de questions), soit le plus approprié. Le problème de laisser l'entrevue complètement ouverte est de prendre le risque, hautement probable, que l'interlocuteur passe à côté des questions qui m'intéressent le plus. Pour éviter ce problème et pouvoir sélectionner les thèmes que je voulais traiter, j'ai élaboré un *guide d'entrevue* structuré (Voir Annexes 5 et 6).

Le *guide d'entrevue* a été élaboré pour être appliqué lors de mes rencontres avec des politiciens qui ont participé directement à la création de la loi contre la torture ainsi que des militants des droits de la personne qui ont travaillé avec le thème de la torture et la question des droits de la personne. Considérant que quelques points devaient être traités différemment avec ces deux types d'interviewés, j'ai décidé de produire deux guides d'entrevue différents, chacun adapté à la situation d'entrevue : un guide pour les entretiens avec les politiciens et un guide pour les militants. Néanmoins, les différences entre ces deux guides ne sont pas importantes du point de vue du contenu (la différence se trouve plutôt dans la manière de formuler quelques questions concernant la participation au processus de création de la loi contre la torture) et, pour cette raison, je ne vais mentionner ici que le guide destiné aux politiciens.

J'ai jugé important lors de la réalisation des entretiens de suivre un ordre thématique relativement établi et d'utiliser des reformulations. J'ai donc divisé les guides en 4 blocs qui regroupent des questions autour d'un même thème: (1) l'intérêt pour la question et participation; (2) le crime de torture et d'autres incriminations; (3) le choix des sanctions pénales; (4) le rôle du public et des médias. Dans le premier bloc, je commence l'entrevue avec une consigne de départ qui introduit à la fois le thème global de l'entrevue et invite l'interviewé à parler. Après la consigne de départ, j'insère comme un aide-mémoire quelques questions à titre de rétrospection. Je crois que cela peut aider l'interviewé à se remettre dans le contexte et à se rappeler plus clairement du processus auquel il a participé.

À l'intérieur des trois autres blocs, je suis une logique commune en présentant d'abord le sous-thème et, ensuite, en indiquant plus précisément mes points d'intérêt à travers certaines

propositions. Ces dernières peuvent, éventuellement, prendre la forme de questions. Il est important de noter, cependant, que le fait d'indiquer des points sous la forme ou non d'interrogations ne vise absolument pas à limiter ou à enfermer la réponse : au contraire, ces indications fonctionnent plutôt comme un point de départ, une incitation, un stimulus à la réponse. Cette stratégie a donc comme but d'indiquer plus précisément à l'interviewé les dimensions du thème qui m'intéressent. Bien entendu, le chercheur n'est pas obligé de suivre au pied de la lettre toutes les dimensions prévues : ce choix va dépendre de chaque entrevue et, surtout, de ce que chaque interviewé tient à dire (Pires, 2003b : 193). Pendant le déroulement de l'entrevue et au fur et à mesure que je le jugeais utile, je suis intervenue à l'aide de *reformulations*.

Les reformulations ont pour but de relancer quelques questions à l'interviewé pour qu'il puisse les développer davantage, les nuancer ou les traiter à partir d'une autre perspective. Elles peuvent être (a) de *contenu* («pour vous, il fallait une peine sévère pour punir le crime de torture»); (b) de *sentiment* ou *d'émotion* (« il semble que cette époque était difficile pour vous») ou (c) de *contexte*[9] (« il semble que vous vous sentez plus à l'aise à la maison qu'à votre bureau au Parlement»). En réalité, considérant mon objet de recherche, je compte utiliser surtout des reformulations de *contenu*. Ces dernières ne sont pas néanmoins explicitées dans le « Guide » (voir dans l'annexe) puisque leur construction dépend de la dynamique concrète de l'entrevue et du contenu des réponses obtenues.

Puisque je m'intéresse spécifiquement à l'actualisation des traits d'un système d'idées dans le cadre de la création des lois pénales, j'ai besoin de fournir à l'interviewé un certain nombre de stimulus pour être capable d'observer si ce système (la *rationalité pénale*) y est présent et de quelle façon. À cet égard, Pires (2003b :196) soulève que si le chercheur n'expose pas clairement certaines questions bien précises, il n'est pas du tout évident que, pendant l'entrevue, les dimensions cognitives principales du système de pensée vont trouver des conditions idéales pour émerger. Ainsi, les questions comme le choix des sanctions, les critères utilisés pour déterminer leur gravité, l'objectif visé par ces peines, la protection des droits humains, la criminalisation spécifique d'un comportement déjà réprouvé par le Code criminel (à travers d'autres crimes), etc., devraient toutes apparaître d'une façon ou d'une autre dans les entretiens et être lancées à l'interviewé.

Pour lancer ce type de discussion, j'ai mis dans le guide d'entrevue destiné aux politiciens, par exemple, une question concernant explicitement le choix de la sanction : «Au moment de rédiger

[9] *Contexte* ici est pris dans le sens d'environnement immédiat.

(ou de discuter) un projet de loi pénale, comment choisit-on les types de sanction? ». Les exemples à considérer et à commenter étaient: « (a) En fonction de certaines pratiques ou usages courants en droit criminel qui privilégient toujours une peine privative de liberté »; « (b) En fonction des objectifs de dissuasion ou de rétribution »; « (c) En fonction d'un principe de 'dernière instance' qui nous amène à penser la sanction la moins dure possible dans les circonstances »; « (d) En fonction de la valeur que nous attribuons au crime ou au bien juridique protégé »; « (e) En fonction d'une préoccupation avec la réhabilitation ou la réinsertion sociale des transgresseurs »; « (f) En fonction des droits humains... etc. » (Question 5b, *Guide d'entretien – Politicien,* dans l'annexe 4). C'est à cause de la possibilité de formuler des questions comme celles-ci que je crois que les entrevues *semi directives* - dans lesquelles on peut structurer les thèmes qui doivent être traités Pires (2003b) - semblent l'alternative la plus satisfaisante pour mes propos.

Pour des raisons de clarté, je vais séparer les entretiens en deux catégories : (i) les entretiens réalisés auprès des politiciens et (ii) les entretiens réalisés auprès des militants.

i. Politiciens

J'ai réalisé 20 entretiens avec des politiciens, soit 15 députés fédéraux, trois sénateurs et deux ex-ministres de la Justice. Parmi les interviewés, six ont participé directement à la production de la loi, soit en rédigeant des rapports sur ladite loi à l'intérieur de Commissions, soit en rédigeant un contre-projet de loi (« substitutif »), soit en participant activement aux débats. Six autres étaient députés ou sénateurs durant la période des débats entourant le projet et ont participé au moins à la session plénière consacrée aux discussions sur le projet et au vote final. Conséquemment, 8 politiciens n'étaient pas des membres du Parlement durant la période, mais ils se sont impliqués d'autres manières sur la question de la protection des droits de la personne.

J'ai pris contact avec les politiciens par téléphone ou par courriel en obtenant leurs coordonnées sur les sites web de la Chambre des députés ou du Sénat et j'utilisais le texte de recrutement des participants préalablement rédigé et approuvé par le Comité de déontologie de l'Université d'Ottawa (voir annexe 8).

Les entrevues ont une durée moyenne de 1 heure 30 minutes et je les ai toutes enregistrées après obtention des consentements requis (Voir « Formulaire de consentement » – annexe 7). Les entrevues ont été ensuite transcrites au complet.

ii. Militants

Auprès des militants des droits de la personne, j'ai fait huit entretiens. Six d'entre eux ont participé d'une manière plus directe à la production de la loi, soit en envoyant des suggestions, soit en discutant la question au sein de leurs propres organisations. Les deux autres ne s'occupent pas du thème de la torture, mais le reconnaissent comme un sujet majeur en matière de violation des droits de la personne et sont capables de reproduire les discours institutionnels de leurs organisations sur la question.

Tout comme je l'ai fait avec les politiciens, j'ai pris contact avec ces militants par courriel ou par téléphone en obtenant leurs coordonnées sur les sites web de leurs organisations ou dans les universités. J'ai aussi utilisé le texte de recrutement des participants mentionnés ci-dessus. Ces entretiens ont aussi une durée moyenne de 1 heure 30 minutes et ils ont été de la même façon intégralement transcrits.

2.4 La démarche analytique (documents et entretiens)

Avant de rentrer dans les détails de la stratégie d'analyse adoptée, j'aimerais d'abord approfondir deux questions ou deux points plus généraux qui orientent la démarche analytique d'un point de vue épistémologique. Ces deux points ont déjà été mentionnés plus tôt dans ce chapitre, mais j'ai réservé l'espace dédié à l'analyse pour les développer davantage. En effet, c'est lors de l'analyse des données que certains choix épistémologiques et méthodologiques produisent une différence dans la manière d'observer le matériel empirique. Je vais les appeler des « présupposés de l'analyse », ce qui comprend : (1) l'observation des communications et non des consciences individuelles; et (2) l'emploi de l'outillage de l'*observation de deuxième ordre*.

Rappelons que mon problème de recherche est l'actualisation de la rationalité pénale moderne par le système politique. Ce que je veux observer est donc comment apparaissent les idées qui intègrent le système de pensée en question dans les communications politiques. Autrement dit, je m'intéresse à l'apparition et à la circulation de certaines idées concernant le droit criminel, notamment sur la punition, qui peuvent apparaître dans les justifications des projets de loi, dans les rapports des Commissions, dans les débats au Parlement ainsi que dans les entretiens réalisés auprès des politiciens et des militants. Mon objet d'investigation porte ainsi sur les *idées* inscrites dans les

communications politiques, et non sur l'opinion d'un politicien ou d'un militant considéré individuellement, à partir de son histoire personnelle.

Lorsque je lisais les documents et les entretiens, je gardais en tête quelques questions générales, en restant toujours ouverte à d'autres problématisations que pourrait me suggérer mon matériel empirique. Je vais reprendre les questions que j'ai proposées lors de la présentation de ma problématique en y ajoutant des précisions. Ces questions étaient encore générales, mais elles m'ont permis de « nettoyer » mon univers de travail et de sélectionner les passages, les extraits ou mêmes les textes (dans le cas des documents) plus «éclairants» pour ma recherche.

Rappelons la question de fond de ma recherche : (1) Comment l'actualisation de la rationalité pénale moderne se manifeste-t-elle dans les décisions parlementaires qu'exige la création d'une loi criminelle? On peut concrétiser encore davantage cette question, en essayant d'identifier : (2) Les aspects de cette rationalité qui sont observables dans la création de la loi contre la torture; (2.1) L'idée de dissuasion à travers la peine; (2.2) L'idée de rétribution à travers la peine; (2.3) L'idée d'imposition de la souffrance à travers la peine; (2.4) L'idée que seulement la peine peut garantir l'équilibre de la société.

Par rapport aux choix des peines retenues par les législateurs : (3) Est-ce que ceux qui sont impliqués dans le processus de création de lois criminelles au Brésil examinent tous les types de peines qui peuvent être déterminés par la loi et leur sévérité? (3.1) Outre la peine de prison, considèrent-ils l'amende et les peines alternatives comme des possibilités concrètes de punition pour le crime de torture? (3.2) Quels sont les critères pour établir le dosage de la peine (la durée de l'incarcération), le montant de l'amende à payer, etc.)?

Et finalement, en ce qui concerne la problématique de la protection des droits de la personne, thème qui nécessairement apparaît lorsqu'il s'agit de la criminalisation d'un comportement comme la torture: (4) Comment les droits de la personne se présentent-ils dans ce processus de création de la loi criminelle et quel rôle jouent-ils dans la réflexion et dans les décisions concrètes à propos des peines? (4.1) Quel est le rapport entre les idées de punition et de protection des droits de la personne (contre certaines violations comme la torture)?

2.4.1 Présupposés de l'analyse

(a) *Communications à la place des sujets*

Comme je l'ai mentionné ci-dessus, mon observation est dirigée vers les *communications* politiques et non vers les *acteurs* politiques. Autrement dit, je ne suis pas intéressée aux acteurs considérés individuellement et aux liens entre les opinions qu'ils expriment sur la punition de la torture et leurs histoires personnelles. Évidemment, lorsque l'on parle de communications, on suppose le sujet qui l'émet. Or, le sujet, ou la conscience du sujet, ne m'intéressent pas en tant qu'analyse sociologique qui utilise le concept des systèmes sociaux de Luhmann. D'après Luhmann, comme je l'ai déjà indiqué dans le chapitre 1, la subjectivité des acteurs, ainsi que leurs opinions personnelles, leurs intentions, etc., sont à l'*extérieur* de la société.

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

Lorsqu'on adopte la théorie luhmannienne des systèmes et, par conséquent, le concept de système sociaux formés par des communications et non par des individus, il faut repositionner ou réadapter le regard pour observer d'autres catégories empiriques. Ainsi, dans les discours parlementaires, par exemple, ce sont les communications du système politique qui seront au cœur de mon analyse, et non les politiciens qui les ont faits. Le politicien, en tant qu'individu, n'est pas dans le système politique. Néanmoins, il est fondamental pour un tel système parce qu'il est le support de la communication politique. Autrement dit, lorsqu'on observe le député x, on n'est pas capable de voir le système politique; par contre, quand ce député énonce qu'il veut approuver une loi déterminée, là on voit une *communication* politique (qui peut être véhiculée dans un vote sur un projet de loi, dans son discours auprès des autres députés sur le thème ou dans le contenu d'un rapport réalisé sur le projet de loi en question). Et en tant que communication, elle intègre le *système social* de la politique.

Plus encore, je veux observer comment certaines idées ou certaines constructions cognitives à propos de la punition apparaissent dans ces communications. Autrement dit, (1) je ne m'arrête pas à tous les contenus pénaux qui peuvent apparaître dans les communications, mais notamment à ceux qui portent sur la peine et, (2) lorsque les communications portent sur la sanction criminelle, ce ne sont que les idées, les arguments, les constructions cognitives que m'intéressent. La simple suggestion d'un chiffre (disons, la suggestion de « trois ans de prison » pour un crime quelconque) ne me dit rien quant à la vision sur les peines; (3) parmi les idées sur les sanctions criminelles, j'ai concentré ma recherche sur celles qui expriment clairement un attachement au système de pensée dominante sur la peine (la rationalité pénale moderne), comme celle qui exprime la nécessité de causer de la souffrance (peine) pour produire un bien (exemple: faire justice à la victime).

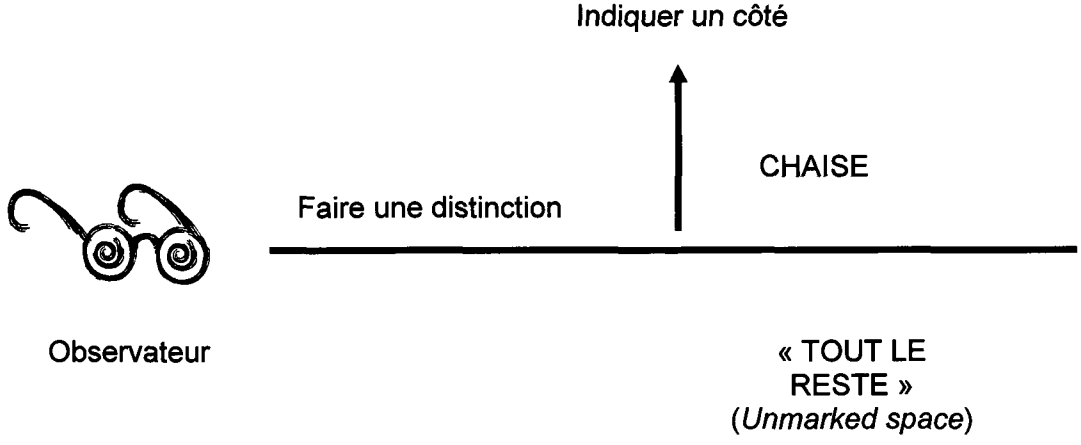
(b) *Observation de deuxième ordre*

Pour observer, il faut d'abord *distinguer*. Ceci est un des mécanismes méthodologiques/théoriques à la base de la théorie de l'observation qu'intègre la théorie des systèmes de Luhmann. Lorsqu'on distingue ce qu'on est en train d'observer du reste (qu'on ne va pas observer), on génère une différence entre un espace « marqué » et un autre « non-marqué » (*marked* and *unmarked space*) (Luhmann, 1995 : 54). L'objectif de cette distinction est justement d'identifier quelque chose (matérielle ou immatérielle) comme distincte de « tout le reste ».

Si on veut, par exemple, observer une chaise, il faut qu'on la distingue de tous les autres objets et/ou personnes qui sont dans la salle[10]. Tous ces objets vont intégrer cet espace indifférencié que j'ai appelé « tout le reste » ou encore *unmarked space*. Pour effectivement arriver à observer la chaise, il faut que je la sélectionne comme mon objet d'observation et que je laisse « tout le reste » de côté, même si je suis consciente qu'il existe et que c'est moi qui a décidé de ne pas l'observer (j'aurais pu sélectionner un autre objet pour observer). Autrement dit, l'observation est toujours une opération de l'observateur. D'ailleurs, puisque l'observateur n'est jamais capable de tout observer, il est obligé de faire des sélections.

Voyons l'exemple de l'observation de la chaise représenté dans la figure suivante :

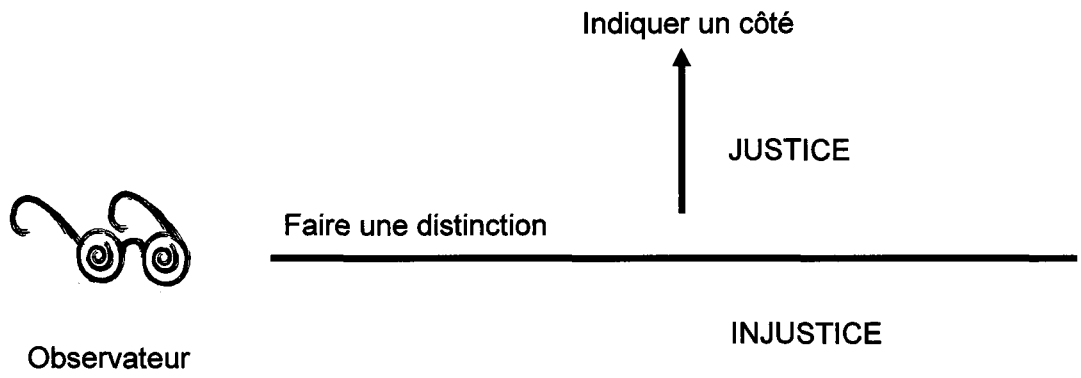
Figure 2.1
Distinction d'objet



[10] Cet exemple a été donné à plusieurs reprises par le professeur Alvaro Pires durant le Séminaire de doctorat à l'Université d'Ottawa.

Il s'agit d'une manière de faire une distinction, c'est-à-dire distinguer l'objet et tout le reste ou l'objet et le contexte. Il y a encore une autre manière de faire une distinction : entre deux catégories opposées (valeur/contre-valeur), par exemple homme/femme, adulte/enfant, chaud/froid, juste/injuste. Dans ce dernier cas, les deux cotés sont dans des espaces « marqués » (*marked spaces*), c'est-à-dire qu'il est possible d'identifier et de signaler les deux. Néanmoins, chaque catégorie doit nécessairement exclure l'autre de sorte que lorsque je signale un des côtés pour observer, l'autre est tout de suite identifiée. On spécifie les deux faces et on en indique une pour réaliser l'observation. Ainsi :

Figure 2.2
Distinction par catégories opposées



Lorsqu'un observateur observe un objet, (donc après avoir fait une distinction et indiqué un des côtés), on dit qu'il est en train de faire une *observation de premier ordre*. Dans une recherche scientifique comme celle-ci, il devient très intéressant de passer à un autre niveau d'observation, c'est-à-dire observer ces observations (de premier ordre). Les « observations des observations », Luhmann les appelle *observations de deuxième ordre*.

À ce niveau de l'observation on doit toujours être capable de distinguer l'observation (en tant qu'objet) du reste. Au fond, l'*observation de deuxième ordre* est toujours une *observation de premier ordre*, dont l'objet est une observation en soi. Tandis que l'observation de premier ordre est l'indication d'un objet opposé au reste qui n'est pas indiqué, l'observation de deuxième ordre thématise l'acte d'observation en tant que tel; l'observateur va *indiquer* la distinction (et non

simplement l'utiliser) que l'autre observateur est en train d'utiliser. Autrement dit, ici l'observation indique que l'observation est utilisée comme objet d'observation (Luhmann, 1995 : 56, 66). Prenons un exemple concret tiré de mes données empiriques. Un militant des droits de la personne va dire :

> Alors, il y a cette idée un peu conservatrice dans la pensée brésilienne, qui est celle d'utiliser la loi avec une peine grave, non seulement pour dissuader mais aussi pour punir les responsables de graves violations.
> (Militant)

Dans cette observation, l'observateur (militant) est en train d'observer comment la « pensée brésilienne » observe la question des peines. Ce qu'il fait ainsi n'est pas d'observer lui-même la question des peines, mais d'essayer d'identifier les distinctions que « la pensée brésilienne » (ici, l'observateur de premier ordre) utilise pour penser le problème des peines. Moi, en tant qu'observatrice de l'observateur – le militant – je réalise une observation de « troisième ordre » et ainsi de suite.

L'utilité de l'usage de cet outillage pour ma recherche peut être résumé dans deux opérations :

1. Arriver à bien distinguer les deux types d'observation issus des mes données, c'est-à-dire identifier lorsque les interviewés ou les auteurs des documents font une observation de premier ordre et lorsqu'ils dépassent ce niveau pour faire une observation de deuxième ordre. Cette opération de distinction est très importante pour identifier lorsque l'interviewé ou l'auteur du document est en train de reproduire le point de vue d'une tierce personne, institution ou système, comme dans l'exemple cité ci-dessus, ou, par ailleurs, lorsque la personne est en train de reproduire son point de vue à elle sur la problématique des peines.

2. Réaliser moi-même comme chercheure des observations de deuxième (ou troisième) ordre dans les communications trouvées dans les entrevues et dans les textes des documents. Ceci implique de faire toujours l'exercice de voir les distinctions que les communications, en tant qu'observations, sont en train d'utiliser. Lorsque je suis capable d'identifier ces distinctions, il devient plus facile de saisir le cadre logique global où se trouve la communication ainsi que de visualiser comment les arguments sont structurés et formulés.

2.4.2 Préparation des données et analyse

J'ai réalisé certaines activités préparatoires à l'analyse que j'ai regroupées sous l'expression « phase de préparation des données ». Cette phase comprend essentiellement l'organisation de tout le matériel empirique ramassé lors de la cueillette des données (documents et entretiens), la sélection d'une partie de ce matériel pour former mon « univers de travail » et la codification du matériel sélectionné.

J'ai commencé cette phase de la recherche avec la transcription des entretiens, suivie d'une lecture « libre » de tous les entretiens et documents. En même temps, j'ai organisé les documents en les séparant par « types » : (I) projets de loi, (II) débats parlementaires, (III) médias et (IV) doctrine, et en classant chaque sous-groupe en ordre chronologique croissant. La lecture de l'ensemble du matériel m'a permis de faire une première sélection des documents les plus pertinents pour ma recherche ainsi que des passages des entretiens les plus riches ou les plus proches de mon objet de recherche. Rappelons que dans les entretiens ouverts, il apparaît très souvent des thèmes ou des discussions qui ne sont pas directement liés à la problématique. Il fallait donc faire un travail de nettoyage pour distinguer les passages les plus pertinents, et ne pas rater une réflexion importante qui pouvait être « cachée » dans une discussion apparemment déconnectée de la recherche.

Durant cette phase, j'ai aussi réalisé un travail de « codification » des données, c'est-à-dire que j'ai identifié les thèmes présents/absents, la manière de construire les thèmes présents, les raisons les plus évidentes pour l'existence de certains points aveugles et les raisons probables et moins évidentes pour l'oubli ou la marginalisation d'autres thèmes. Bien entendu, ce travail de « codification » a été fait pour chaque type de document, ainsi que pour tous les entretiens. Au fur et à mesure que ce travail avançait, des ponts avec le cadre théorique commençaient à se matérialiser. Peu à peu les hypothèses d'analyse ont été élaborées et testées contre les données.

Lorsque mes données étaient « préparées » pour l'analyse, j'ai dû faire certains choix et prendre des décisions. Une des premières décisions importantes fut celle de mener l'analyse des documents et des entretiens séparément. La raison principale de ce choix fut que, à la suite de mes premières lectures de l'ensemble du matériel empirique, j'ai pu identifier que les documents apportaient des questions concernant ma problématique un peu différentes de celles soulevées dans les entretiens. Ceci ne signifie pas qu'il n'y avait pas de questions ou de thèmes qui revenaient à la fois dans les entrevues et dans les documents; au contraire, j'ai trouvé une récurrence de certains

thèmes, comme celui de la valorisation de la création d'une loi qui criminalise la torture. Néanmoins, on trouve dans les documents certaines discussions intéressantes qui ne sont pas apparues ou n'ont pas été suffisamment explicitées dans les entretiens; un exemple serait l'établissement de relations simplistes comme celles entre *dictature* → *torture* et *démocratie* → *absence de torture*. Ce type de réflexion se retrouve notamment dans les articles publiés dans les médias.

Un autre choix que j'ai dû faire, qui ne concerne cette fois que les entretiens, fût celle de déterminer si j'analyserais les entretiens des militants et des politiciens ensemble ou séparément. Ne sachant pas encore, à ce moment-là, s'il y aurait des différences significatives au niveau du contenu (ou des idées) entre les deux groupes, j'ai d'abord décidé de les séparer et d'observer les communications dans deux grands blocs. Toutefois, au fur et à mesure que l'analyse avançait et que j'ai commencé à mieux maîtriser les thèmes et les arguments émergeant des entretiens, j'ai remarqué qu'au chapitre des idées concernant la sanction criminelle, les modes de punir et les rapports avec les droits de la personne, les militants ne se distinguaient pas de manière significative des politiciens. Bien entendu, je me réfère ici aux idées communiquées quant à la punition de la torture ou quant au problème de la protection des droits de la personne, et non, par exemple, quant aux rôles joués par chacun de ces acteurs (militants et politiciens) dans le processus de production de la loi; évidemment, sur l'aspect pratique de la création de la loi, ils ont des points de vue ou des expériences bien différents.

Comme je le disais, c'est à partir de la codification ou de l'identification des thèmes qui traversaient les documents/entretiens que j'ai pu commencer mon analyse à proprement parler. Bien entendu, les thèmes que j'ai soulevés pour les entretiens n'ont pas été les mêmes que pour les documents, bien que la démarche analytique ait été la même dans les deux cas. Dans la phase de l'analyse, le but du chercheur doit être, à partir des paroles des gens, de « produire des connaissances qui puissent enrichir le processus d'accumulation propre à la discipline » (Demazière et Dubar, 1997: 47). Dans le cas de ma recherche, il faut observer « les paroles des gens » sous la forme des *idées* (sur la peine, par exemple) qui sont actualisées dans les discours autant dans les entretiens que dans les documents. Il faut, ainsi, chercher à dévoiler quelles sont les constructions cognitives mobilisées dans les communications et quel type de vision sur la peine et sur le droit criminel elles sont en train de véhiculer. Rappelons que la production individuelle du sens des mots par un acteur déterminé ne m'intéresse pas; c'est plutôt la communication émise par l'acteur (dans le système politique) qui retient mon attention. Ainsi, mes efforts seront plutôt concentrés sur l'identification des idées présentes (et absentes) dans les discours sur la peine et sur la possibilité que ces idées soient à la base

– et si oui comment – des justifications se rapportant à des décisions concrètes (de production législative) à propos des peines.

Pour illustrer comment j'ai procédé concrètement dans l'analyse, prenons la première sélection de thèmes généraux (et de lacunes) que j'ai identifiés à partir d'une lecture globale des *entretiens* : (1) l'existence d'un consensus par rapport à l'importance de la création du crime de torture; (2) l'existence d'un « silence » ou d'une absence d'opinions sur le *quantum* de la peine pour le crime de torture ; (3) la mobilisation de deux discours autour de l'aspect punitif du droit criminel (un plus répressif, pour les crimes contre les droits de la personne, et un autre plus humanitaire, pour les crimes ordinaires); (4) l'emploi de la sémantique des théories de la peine pour justifier les finalités générales de la peine (dissuasion, rétribution ou « réhabilitation »); (5) l'utilisation de la distinction conservateur/progressiste à l'égard de la sanction criminelle; (6) la perception que le droit et la politique ont la même vision quant aux sanctions criminelles.

Cette division de thèmes ne s'est pas maintenue durant toute l'analyse : elle n'était qu'un point de départ pour commencer à réfléchir sur mon matériel empirique en utilisant certaines lentilles. Après avoir regroupé les passages des entretiens qui traitaient d'un même thème, je lisais l'ensemble des passages pour essayer d'en observer les continuités, les paradoxes, les arguments principaux, et à partir de cette lecture de l'ensemble, j'ai formulé mes premières hypothèses. J'ai gardé certains thèmes jusqu'à la fin de l'analyse pendant que j'en ai écarté d'autres, et ce essentiellement pour deux raisons: soit que je n'avais pas de matériel empirique suffisant pour développer et approfondir la question, soit que je trouvais que le thème ne m'apportait pas grand-chose en ce qui concerne spécifiquement la réflexion sur l'actualisation de la rationalité pénale moderne par le système politique.

Les deux thèmes que j'ai abandonnés complètement sont celui du « silence quant aux peines » (thème 2) et celui de la « vision du droit et de la politique sur la peine » (thème 6). Dans ce dernier cas, la raison de l'abandon est relativement simple : les entretiens ne présentaient pas assez de contenu sur cette question pour permettre le développement d'hypothèses et l'approfondissement du sujet. Les extraits que j'ai tirés des entretiens étaient très dispersés et pas suffisamment nombreux. De plus, dans les documents que j'ai recueillis, je n'ai pas trouvé cette discussion développée, de sorte qu'il ne m'était pas possible de la garder comme fil conducteur d'une réflexion. L'autre cas d'abandon (thème 2) est, à première vue, moins évident parce que le matériel empirique me donnait davantage de ressources pour la réflexion que le cas précédent. Néanmoins, comparativement à

d'autres thèmes que je trouvais potentiellement plus prometteurs pour développer la question de la présence de la rationalité pénale dans les communications politiques, j'ai décidé de laisser celui-ci de côté.

Par ailleurs, j'ai gardé tous les autres thèmes, directement ou indirectement. Prenons d'abord le thème sur l'existence de deux discours autour de la punition (thème 3) : un discours apparemment moins répressif pour les crimes communs et un autre plus répressif pour les crimes considérés comme étant « contre l'humanité ». La notion de « crime contre l'humanité » a traversé toutes mes données (entretiens et documents) et a été normalement utilisée pour justifier la demande d'une peine (de prison) plus sévère. À mesure que j'approfondissais cette question, d'autres thèmes ont commencé à s'entrecroiser: j'ai remarqué que les politiciens qui utilisaient la sémantique « crimes contre l'humanité » pour les opposer à « crimes ordinaires » étaient des politiciens qui projetaient d'eux-mêmes l'image de « progressistes » (thème 5). En plus, tous ces politiciens (d'ailleurs, la plupart des politiciens que j'ai interviewés se disaient « progressistes » ou de gauche) défendaient explicitement la création du crime de torture, comme si celle-ci était une mesure absolument indispensable (thème 1). Bref, je me suis trouvée face à une situation où des politiciens « progressistes » défendaient fortement la création du crime de torture puni de « peines sévères de prison », sous la justification que la torture est un « crime contre l'humanité ». Par ailleurs, l'application des peines et la nécessité de la prison dans un tel cas de violation des droits de la personne ont été associées aux théories modernes de la peine, notamment aux théories de la dissuasion et de la rétribution (thème 4). J'ai donc ainsi construit les deux chapitres d'analyse à partir de cette « co-présence » de plusieurs thèmes (ou plusieurs perspectives) à propos de la peine dans les communications du système politique.

CHAPITRE III

«LA CONSTRUCTION DU PROBLÈME DE LA CRIMINALISATION DE LA TORTURE»

Dans ce chapitre, j'ai un double objectif. Tout d'abord, sur un plan plus informatif, je fournirai quelques renseignements de base sur le processus législatif au Brésil ainsi que sur le « programme législatif », c'est-à-dire les règles et les fondements à partir desquels les lois sont créées au Brésil. Je traiterai aussi des étapes concrètes de la passation de la loi contre la torture au Parlement, à partir de la présentation officielle du projet à la Chambre des députés jusqu'à la sanction du Président de la République. Je décrirai par la suite dans ses grands traits la loi contre la torture telle qu'elle a été sanctionnée, dans ses aspects les plus intéressants pour ce travail, c'est-à-dire les définitions du crime et des peines correspondantes.

Sur un deuxième plan, celui-ci plutôt analytique, je prétends contribuer au développement du *sens du problème* (Bachelard, 1938) de la criminalisation de la torture. Autrement dit, j'entends concourir à une meilleure compréhension du problème : comment expliquer la perception de la nécessité d'un crime de torture et la clameur entourant une telle loi au Parlement? Quelles étaient les solutions possibles au problème de la torture? Comment la loi a-t-elle pris la forme qu'elle a empruntée? Quelles furent les réactions des politiciens, des militants des droits de la personne, des juristes et des médias à cet égard?

Bref, dans ce chapitre, je prétends aider à mieux formuler le problème de la criminalisation de la torture et les questions théoriques qu'il suscite pour pouvoir lui donner une pertinence scientifique dans le sens de le transformer en un objet intéressant pour l'observation de l'actualisation d'un système d'idées spécifique (la rationalité pénale moderne). Cette démarche m'aidera, par exemple, à observer la logique de cause à effet (causalité linéaire) employée dans les communications (notamment politiques, juridiques et médiatiques) pour formuler le problème de la torture et pour trouver sa solution (la criminalisation). De plus, on sera capable d'observer le glissement de la question vers la rationalité pénale. Autrement dit, je serai en mesure d'analyser comment le problème de la criminalisation de la torture fut en grande partie construit avec les lentilles de la rationalité pénale moderne.

Pour arriver à ce deuxième objectif, je compterai sur l'analyse notamment de trois types de documents : (1) des articles de journaux et de revues, (2) des textes de la doctrine juridique et (3) des projets de loi et d'autres documents parlementaires. Les deux premiers seront traités ensemble, dans la section 3.5, tandis que les projets de loi seront traités séparément, dans la section 3.6. Appartenant à des systèmes sociaux spécifiques (médias, droit et politique) chacun de ces groupes de documents fait ainsi partie de « circuits de communication » bien distingués. Néanmoins, les communications trouvées dans ces trois groupes ont toutes comme sujet central la question de la criminalisation de la torture, même si chacun va le traiter à sa façon et avec son propre langage. Avec l'objectif d'enrichir davantage l'analyse, j'ai aussi utilisé, bien que d'une façon beaucoup plus restreinte, quelques passages des entretiens réalisés auprès des politiciens et des militants des droits de la personne.

Deux remarques d'ordre méthodologique : 1) pour ce qui est des entretiens, je les ai identifiés de deux manières : d'abord, j'ai indiqué s'il s'agissait d'un politicien ou d'un militant. Ensuite, j'ai ajouté les chiffres de 1 à 20 pour les politiciens et de 1 à 8 pour les militants. Ainsi, les entretiens des politiciens porteront le sigle « P1 », « P2 », « P3 »...« P20 », tandis que les entretiens des militants seront identifiés comme « M1 », «M2 »...« M8 ». De cette manière, le lecteur peut lui-même faire les liens entre les extraits émanant d'un même entretien, ainsi que mieux suivre la diversification des extraits; 2) tous les passages présentés ici ont été traduits en français par moi, y compris les titres des articles de journaux ou de la doctrine juridique, lesquels j'ai aussi traduits pour faciliter l'illustration de l'argument.

Les données embrassent les années 1980-2006 : une partie a donc été produite avant la création de la loi contre la torture (1997) et une autre, après ladite année. Ceci me permet ainsi d'observer dans chaque « circuit de communication » (doctrine juridique, médias et documents législatifs) la problématisation de la criminalisation de la torture, comment fut reçue la loi après sa promulgation et de quels types de critiques elle fut l'objet.

Ire PARTIE – LA LOI CONTRE LA TORTURE : MISE EN CONTEXTE

3.1 Le processus législatif au Brésil

Les lois pénales au Brésil sont adoptées comme des lois *fédérales*, c'est-à-dire que pour être approuvées elles doivent passer par le pouvoir législatif fédéral, le Parlement. Au Brésil, le Parlement comprend la *Chambre des députés* et le *Sénat fédéral*. Toutes les lois concernant les crimes ou la procédure criminelle sont nécessairement analysées et approuvées par les deux Chambres. Conformément au fonctionnement de ce bicaméralisme brésilien, une Chambre initie le processus et l'autre le révise, de sorte que les deux Chambres doivent se faire entendre sur l'élaboration des lois. (Faria et Valle, 2006 :7)

La Chambre des députés réunit les représentants du peuple, élus au scrutin proportionnel. Chaque État de la Fédération (26 au total) et le district fédéral (Brasília) peuvent élire un minimum de 8 et un maximum de 70 candidats, dépendamment de leur population locale. Actuellement la Chambre compte 513 députés.

Le Sénat fédéral, à son tour, réunit les représentants de chaque unité fédérative, c'est-à-dire les États. Selon le principe fédératif, la représentation au Sénat est égalitaire, indépendamment du nombre d'habitants et de la superficie des régions. Chaque État ainsi que le district fédéral élisent trois représentants, pour un total de 81 sénateurs.

Parmi d'autres attributions, la Chambre des députés et le Sénat fédéral ont la responsabilité de voter les matières de compétence législative exclusive de l'Union, telles les lois criminelles. Plusieurs types de normes sont élaborés par le Parlement : les amendements à la Constitution, les *lois complémentaires*[1], les *lois ordinaires*, les *lois déléguées*[2], les *mesures provisoires* (en portugais :

[1] Au Brésil, il y a plusieurs types de lois, les *lois complémentaires* et les *lois ordinaires* étant les plus importantes. Les différences entre elles sont essentiellement (1) les matières dont elles peuvent faire l'objet et (2) leur *quorum* d'approbation. Les lois complémentaires sont utilisées pour certains sujets précis prévus dans la Constitution (par exemple, les règles pour l'élaboration et la consolidation des lois), tandis que les *lois ordinaires* sont utilisées pour tous les autres sujets où il n'y a pas de disposition spécifique. Quant au *quorum* de votes, pour être approuvées, les *lois complémentaires* doivent obtenir l'approbation de la majorité « absolue » de chaque Chambre (257 députés et 41 sénateurs) tandis que les *lois ordinaires* doivent obtenir l'approbation de la majorité « simple » (majorité des votes parmi les parlementaires présents à la session).

[2] Les *lois déléguées* sont un type spécifique de lois proposées par le Président de la République, qui doivent passer par le Parlement juste pour qu'il leur accorde son consentement (article 68 de la Constitution fédérale).

« medidas provisórias »)[3], les *décrets législatifs* et les *résolutions*[4]. Chacun de ces types de normes suit des règles différentes pour ce qui est du *quorum* pour le vote, des délais pour la délibération et du trajet que la proposition doit emprunter au Parlement. Comme les lois criminelles sont considérées comme des lois *ordinaires*, je vais me concentrer sur ce type de processus législatif.

La trajectoire d'une loi ordinaire débute avec la présentation d'un projet de loi, soit à la Chambre des députés soit au Sénat fédéral. La plupart des propositions initiales de lois ainsi que leurs débats se font à la Chambre des députés. Les députés (individuellement ou collectivement) sont ainsi les acteurs les plus fréquents lors de la présentation de projets de loi; nous disons «les plus fréquents » parce que lesdits projets peuvent aussi être présentés par les commissions thématiques de la Chambre des députés, par le Sénat fédéral, par le Procureur général de la République, par les citoyens organisés collectivement, selon des règles spécifiques et, enfin, par le Président de la République, par la Cour suprême et les Tribunaux supérieurs. Dans ces trois derniers cas, les discussions et votes du projet de loi doivent nécessairement débuter à la Chambre des députés.

Après avoir été officiellement reçu par la Chambre où il a été initialement présenté, le projet de loi est distribué à une commission thématique. Ces commissions sont des organes composés de plusieurs députés et elles sont organisées en fonction de thèmes spécifiques : agriculture, science et technologie, constitution et justice, environnement, éducation et culture, finances et taxation, droits de la personne, etc. Ces commissions vont fournir une analyse technique des propositions, d'après les connaissances spécifiques de chaque domaine, formuler des rapports, suggérer des modifications et manifester des opinions. Dépendamment du projet de loi en discussion, les commissions sont dotées d'un *pouvoir conclusif*, c'est-à-dire qu'elles peuvent approuver ou rejeter le projet de manière décisive, sans qu'il y ait besoin de passer par l'approbation du *plenário* (plénier). Cependant, le scénario le plus commun est qu'après être passé par les commissions pertinentes, le projet de loi est envoyé, avec des suggestions d'amendements, au *plenário* de la Chambre des députés (ou du Sénat si tel est le cas).

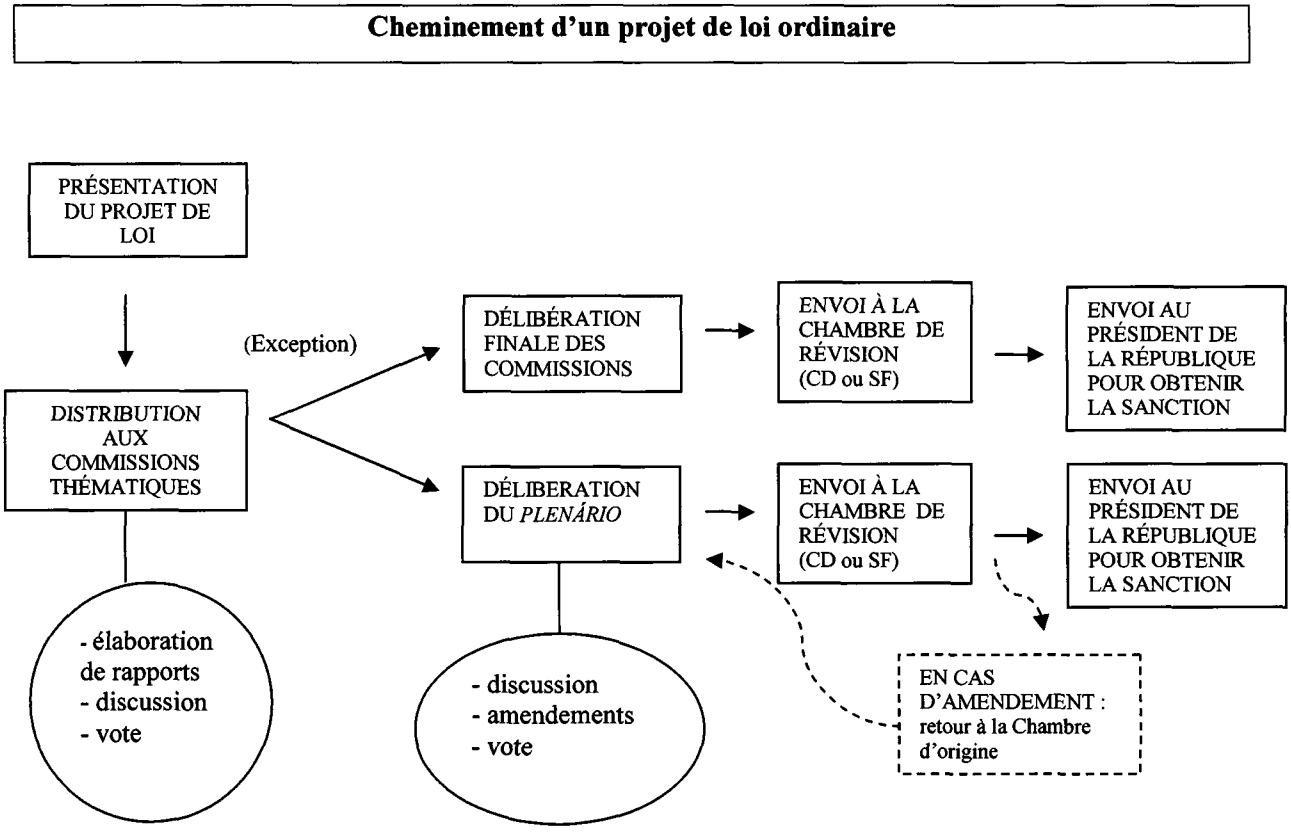
[3] Dans les cas d'urgence, le Président de la République a le droit d'édicter des *mesures provisoires* qui ont l'effet instantané d'une loi et qui perdent leur validité après 60 jours si le Parlement ne transforme pas cette *mesure provisoire* en loi (article 62 de la Constitution fédérale).
[4] Les *décrets législatifs* et les *résolutions* sont des normes avec un objet spécifique, à savoir les compétences du Parlement, de sorte qu'ils n'ont pas besoin de la sanction présidentielle pour être promulgués.

Plenário est le nom donné à l'organe supérieur de la Chambre des députes et du Sénat fédéral, c'est-à-dire la dernière instance de la plupart des délibérations. Il est composé des 513 députés ou des 81 sénateurs, bien qu'il ne soit pas nécessaire que tous soient présents lors de chaque vote. Dans le cas des lois criminelles, c'est au *plenário* qu'aura lieu le vote final du projet de loi. Au *plenario* le projet peut être approuvé ou rejeté. S'il y a rejet, le projet sera destiné aux archives.

S'il est approuvé par le *plenário*, le projet sera envoyé à la Chambre « de révision », qui normalement est le Sénat fédéral. Bien entendu, si le projet de loi a été présenté initialement au Sénat, la Chambre « de révision » sera la Chambre des députés. Une fois à la Chambre « de révision », le projet sera discuté et voté en un seul tour. S'il est approuvé, il sera envoyé au Président de la République, sinon il se retrouvera aux archives. Lorsque la Chambre « de révision » veut amender le projet, ce dernier doit retourner à la Chambre d'origine pour faire à nouveau l'objet d'un vote. À la suite de l'adoption d'un projet de loi, le Président doit lui donner la sanction pour qu'il soit finalement promulgué. Le Président a aussi le droit de mettre son veto partiel ou total au projet. Dans le cas d'un veto total, le projet ne sera évidemment pas converti en loi.

J'ai esquissé ci-après un schéma du processus législatif d'une loi ordinaire, tel que décrit plus haut, en considérant que la proposition a été approuvée dans les deux Chambres législatives et a été envoyée au Président pour l'obtention de la sanction présidentielle.

Figure 3.1
Processus législatif



3.2 La mise en forme de la loi pénale

Il y a plusieurs façons dans la théorie du droit de définir les normes. On peut les appeler des *normes substantives* (ou *de fond*) et des *normes adjectives* (ou *de forme*). Dans ce travail, je vais me baser sur la classification de Hart (1961, cité par Pires[1991c]) qui fait la distinction entre normes *primaires* et normes *secondaires*. Les normes primaires sont les *normes de comportement* et se rapportent aux actions que les individus doivent ou non accomplir. Ces règles imposent des « devoirs » ou des « obligations » et ont comme caractéristique le fait de pouvoir exister toutes seules, c'est-à-dire sans une autre norme pour les compléter ou en éclaircir le sens. « Il ne faut pas

tuer », ou « il ne faut pas omettre de dénoncer un cas de torture » sont ainsi des exemples de normes *primaires*. Bien entendu, ces normes n'ont même pas besoin d'être dans un système hiérarchisé tel le système pénal : elles peuvent parfaitement exister comme normes morales ou religieuses isolées (Garcia, 2002 : 8).

Les normes de deuxième ordre, à leur tour, occupent un *niveau* différent de celui qu'occupent les règles primaires; elles font toujours référence aux règles énoncées par les normes de premier ordre (Pires, 1991c). Elles ne peuvent pas exister toutes seules et, pour cette raison, Hart les a qualifiées de normes *parasitaires* par rapport aux premières. « Le crime d'homicide sera jugé par un jury », « tous les condamnés ont un droit d'appel » ou « il faut punir la torture avec 8 ans d'emprisonnement » sont des cas de normes *parasitaires* ou *secondaires*. En effet, les règles sur le jury, sur le droit d'appel ou sur le temps d'emprisonnement n'ont de sens que si elles sont attachées à un « système de normes qui comprend des normes primaires ou qui renvoie à ces normes » (Pires, 2008a).

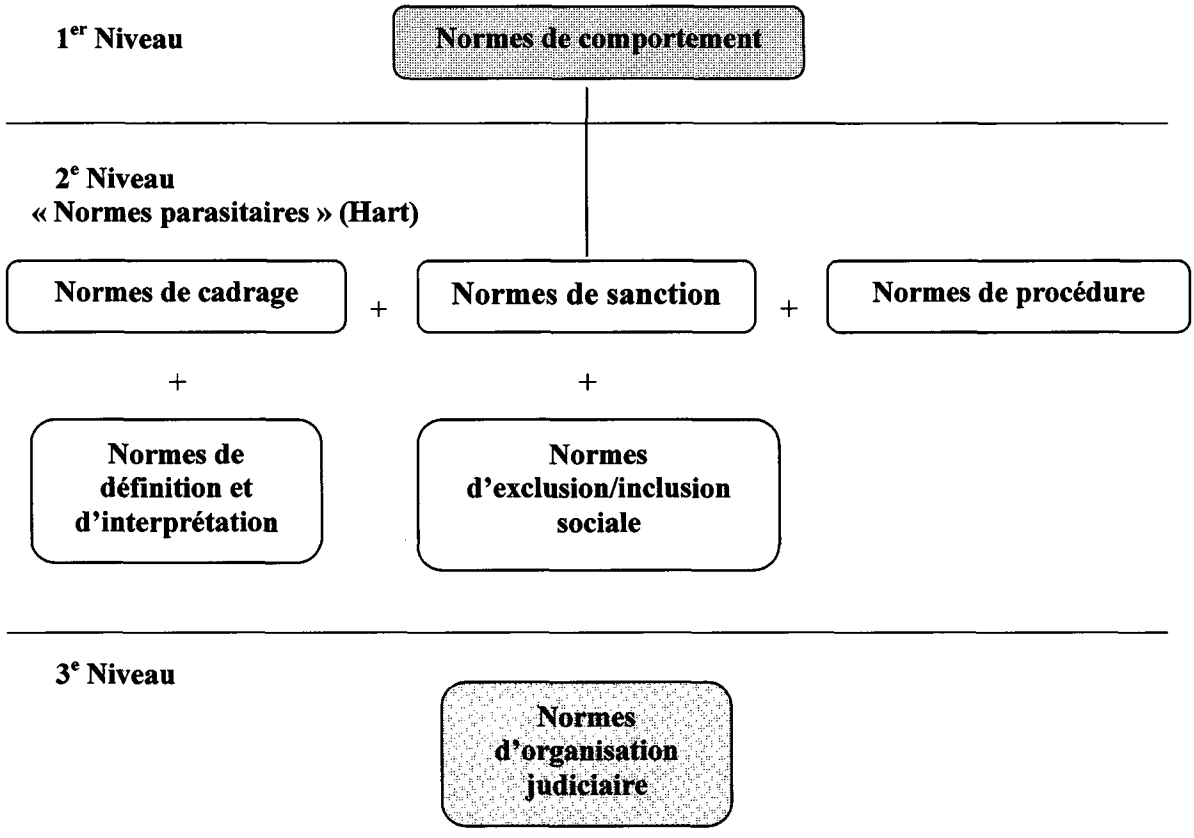
Pires (2008a) va reprendre la distinction de Hart pour développer une description des normes plus appropriée au droit pénal. Selon Pires, la distinction entre *normes primaires* et *secondaires* part de l'idée que les règles font partie du système normatif complexe et hiérarchisé, dont les deux types de normes exprimeraient la *position* des ces règles dans un système normatif (Pires, 2001a : 182). Tout d'abord, en cherchant des termes plus neutres que normes « primaires » et « secondaires », Pires va suivre la proposition de Gavazzi et utiliser les termes: normes de premier et deuxième *niveau* (Pires, 1991c). Ainsi, les règles de deuxième niveau ne sont pas inférieures ou moins importantes que celles de premier niveau; elles sont tout simplement des règles *sur* d'autres règles. En outre, dans le schème de Hart, il y a plusieurs types de normes qui sont classifiées comme normes « parasitaires » mais qui jouent des rôles très différents y compris dans le système pénal. Hart va les distinguer en trois grands types mais je vais adopter le schéma proposé par Pires (2008a), qui développe davantage les normes de deuxième niveau, de manière à pouvoir à construire une représentation plus descriptive empiriquement et plus utile du point de vue de l'analyse des normes *pénales*.

À côté des *normes de comportement* qui se rapportent toujours aux actions des individus, Pires va créer 5 sous-catégories de normes de *deuxième niveau*: (1) les *normes générales de cadrage* du programme ou *normes d'inclusion/exclusion* dans le programme pénal (par exemple, les normes sur les limites d'âge, sur la responsabilité pénale, sur le principe de la légalité, sur la territorialité, etc.); (2) les *normes de définition ou d'interprétation* (définition d' « agent de paix », d'« enfant », d'« animal », ou la règle selon laquelle l'interprétation doit toujours favoriser la victime, etc.); (3) les

normes de procédure (normes sur la preuve, sur la forme du procès, sur le pouvoir du personnel de la justice, sur les droits de l'accusé durant le procès, etc.); (4) les *normes de sanction* (les types de peines, leur *quantum* dans chaque cas spécifique, les aggravations et atténuantes, etc.) et finalement, (5) les *normes d'exclusion/inclusion sociale complémentaires* (l'interdiction du vote pour le condamné de la justice criminelle est un exemple d'exclusion sociale tandis que le pardon de la peine est un exemple d'inclusion).

Il y aurait aussi, selon Pires, un troisième niveau de normes, où se trouveraient les *normes d'organisation judiciaire* (organisation interne des tribunaux, les règles de compétence des juges, les fonctions du juge, etc.). Dans ce troisième *niveau*, les normes se rapportent non plus aux règles internes du droit pénal proprement dit, mais plutôt à la structure de fonctionnement du pouvoir judiciaire, notamment des tribunaux. J'ai reproduit ici le schéma de ce modèle descriptif de la structure normative du droit criminel, proposé par Pires :

Figure 3.2
Typologie des normes pénales



Source : A. Pires (2008a, modifié)

Dans le contexte de ce travail, ce sont surtout les normes de sanction, qui comprennent toutes les normes relatives aux peines, qui m'intéressent davantage, car à travers elles il est possible d'observer l'actualisation de la rationalité pénale moderne avec une clarté considérable. Les *normes de sanction*, lorsqu'elles sont codifiées, se trouvent dispersées entre la partie « générale » du Code criminel (telles les dispositions génériques sur les circonstances aggravantes et atténuantes ou la définition des types de peines) et la partie « spéciale » (où les peines sont normalement attachées aux normes de comportement) (Garcia, 2002 : 11). Dans le cas des lois *spéciales* ou *dispersées*, comme le cas de la loi contre la torture, les *normes de sanction* vont normalement apparaître connectées au

crime défini par la loi[5]. Si la loi prévoit, en plus, des circonstances aggravantes ou des cas d'augmentation de la peine, ces normes font exclusivement référence aux crimes (comportements) prévus par la loi en question (et non à tous les crimes du droit pénal, comme tel est le cas des circonstances aggravantes génériques).

Du point de vue de la construction de la loi pénale, c'est-à-dire de la structure normative du texte législatif, elle présente au Brésil quelques caractéristiques qui, d'ailleurs, ne sont pas très différentes de celles qu'on observe dans les autres législations occidentales. Les *normes de comportement* sont normalement identifiées aux types pénaux, qui peuvent être des *crimes* ou des *contraventions pénales*[6], tandis que les peines sont considérées, à partir du modèle descriptif proposé, comme *normes de sanction*. Les premières se trouvent dans la partie *spéciale* du Code ou dans la législation connexe (loi de drogues, loi de blanchiment de l'argent, etc.). Les secondes, comme je l'ai déjà mentionné, se trouvent tant dans la partie *générale* du Code criminel que dans la *partie spéciale* du Code ainsi que dans la législation spéciale.

Toutefois, l'aspect important que j'aimerais souligner ici est que lorsque la loi pénale définit un crime, elle va *toujours* spécifier, normalement tout de suite après la définition du crime, une peine correspondante. Prenons l'exemple du crime d'homicide « simple » (non qualifié) au Brésil (article 121 du Code criminel), que je transcris ci-dessous :

> « **Art. 121** Tuer quelqu'un.
> Peine – réclusion, de 6 (six) à 20 (vingt) ans. »

Avec cet exemple il est possible d'observer plusieurs caractéristiques de la mise en forme de la loi pénale. D'abord le fait, déjà mentionné, qu'elle met ensemble deux types de normes

[5]La loi contre les crimes haineux (loi 8072/90) est une exception à la règle (de la correspondance crime-peine) puisqu'elle ne crée pas un crime et une peine correspondante, mais tout simplement détermine un endurcissement des peines pour des crimes déjà existants, ainsi que la limitation de quelques garanties juridiques (le cautionnement, la liberté provisoire, etc.) pour ces mêmes crimes, tels l'homicide qualifié, le viol, l'enlèvement, etc.

[6] Dans le système normatif brésilien, les crimes se distinguent des contraventions pénales. Les crimes sont des comportements considérés comme plus graves que les seconds et se trouvent essentiellement dans le Code criminel et dans la législation connexe (loi de drogues, loi contre la torture, etc.). Les peines prévues pour les crimes sont soit la peine d'emprisonnement, soit l'amende. Les contraventions, considérées comme des comportements moins graves, sont punies par des peines d'amende ou de « prison simple », c'est-à-dire, dans ce dernier cas, une peine de privation de la liberté sans la rigueur de la peine de prison « commune », où le condamné peut, par exemple, rentrer à la maison le soir, etc. Ces types de délits se trouvent dans une loi spécifique, la « loi des contraventions pénales » (décret-loi n. 3688/41).

différentes : une *norme de comportement* (« tuer quelqu'un ») avec une *norme de sanction* (« réclusion de 6 à 20 ans »). Il n'existe, dans la législation brésilienne, aucun crime dont la peine spécifique ne vienne immédiatement après la définition du comportement.

Une autre caractéristique de la loi pénale brésilienne est le fait que la peine correspondante au crime est toujours prévue dans des limites minimale et maximale. Dans le cas de l'homicide, la limite minimale est de 6 ans d'emprisonnement et la limite maximale est de 20 ans. Ceci veut dire que le juge, lorsqu'il va déterminer quelle est la peine qui sera appliquée au condamné, doit utiliser ces deux bornes comme des paramètres obligatoires : il ne peut appliquer une peine moins grave que 6 ans de prison ni une peine plus grave que 20 ans[7].

Au Brésil, il est courant de penser que ce type de construction de la loi pénale qui présente toujours un crime suivi d'une peine qui, à son tour, a une durée intercalée entre une « peine minimale » et une « peine maximale », est une construction « naturelle » qui est nécessairement adoptée par toutes les législations pénales occidentales. Ceci n'est pourtant pas vrai. Regardons l'exemple du crime de vol qualifié et extorsion au Canada et les pénalités correspondantes (articles 343 et 344 du Code criminel canadien):

> 343 Commet un vol qualifié quiconque, selon le cas :
> a) vole et, pour extorquer la chose volée ou empêcher ou maîtriser toute résistance au vol, emploie la violence ou des menaces de violence contre une personne ou des biens;
> b) vole quelqu'un et, au moment où il vole, ou immédiatement avant ou après, blesse, bat ou frappe cette personne ou se porte à des actes de violence contre elle;
> (...)
>
> 344. Quiconque commet un vol qualifié est coupable d'un acte criminel passible :
> a) s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans; b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité.

Selon la loi canadienne, le vol qualifié avec l'usage d'une arme à feu entraîne, au minimum, une peine de 4 ans de prison et au maximum, l'emprisonnement à perpétuité (art. 344, a). Dans ce cas il n'y a pas beaucoup de différence par rapport à la forme de loi pénale brésilienne : il y a un crime et une peine correspondante, prévue dans des limites précises. Observons maintenant l'autre disposition

[7] Bien entendu, l'existence de ces limites n'empêche pas qu'en considérant les aggravantes et les atténuantes, la peine finale ne puisse les dépasser.

sur les peines (art. 344, b): ici la loi fait référence exclusivement à la peine « maximale », l'emprisonnement à perpétuité, sans contraindre le juge à imposer un minimum de peine quelconque. En effet, dans la partie sur les peines en général du Code criminel canadien, l'article 718.3 détermine que « (2) Lorsqu'une disposition prescrit une peine à l'égard d'une infraction, la peine à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, laissée à l'appréciation du tribunal qui condamne l'auteur de l'infraction, mais *nulle peine n'est une peine minimale à moins qu'elle ne soit déclarée telle* » (c'est moi qui souligne). C'est-à-dire que si rien n'est dit sur la peine prescrite dans la disposition, elle sert comme paramètre (du point de vue du maximum permis) au tribunal.

Un troisième et dernier point que j'aimerais traiter dans cette section se rapporte aux types de peines existantes dans la législation. Dans le cas de la législation brésilienne, le Code criminel prévoit les peines d'emprisonnement, d'amende et de restriction de droits (article 32 du Code criminel). La peine de restriction de droits inclut la perte de biens, les services communautaires, l'interdiction temporaire de certains droits (comme celui de se déplacer, etc.). Au Brésil, cette dernière modalité de peine est aussi connue sous l'étiquette de « peines alternatives » parce qu'elles peuvent être appliquées par le juge en *substitution* aux peines d'emprisonnement dans certaines conditions spécifiques : si le condamné n'est pas récidiviste, si le temps de prison accordé ne dépasse pas 4 (quatre) ans, etc. (art. 44 du Code criminel).

Ces types de peines – prison, amende, restriction de droits – ne sont pas une caractéristique particulière de la législation brésilienne. Au contraire, elles sont les peines les plus répandues dans la plupart des législations occidentales. Pour continuer le parallèle entre le Brésil et le Canada, dans le Code criminel canadien, les peines d'emprisonnement et d'amende constituent aussi les principales peines, c'est-à-dire les peines prévues pour la majorité des délits. Le dédommagement, les travaux communautaires sont aussi des peines existantes, mais pour des situations spécifiques et considérées comme moins graves.

Or, même si la plupart des pays occidentaux prévoient les mêmes types de peines, ceci ne signifie pas qu'elles soient les seules possibilités de peines existantes dans le monde. Rappelons Foucault (1975), qui a mis l'accent sur le fait que les pénalités ont beaucoup changé après la fin du XVIIIe siècle quand on passa de l'époque du supplice à celle du contrôle de l'âme de l'individu. Jusqu'à ce moment, la prison n'était pas une possibilité sérieuse de punition; elle était loin d'être utilisée de façon systématique, comme l'étaient les châtiments corporels (fouet, marque, exposition), le bannissement, le travail forcé, etc.

Foucault disait que depuis le début du recours systématique à la prison, à partir du XIXe siècle, les inconvénients d'une telle pratique étaient connus de tous, mais on ne voyait pas par quoi la remplacer. Je ne peux entrer ici dans l'analyse faite par Foucault pour expliquer le fait de l'immobilité de la prison dans le système pénal en dépit des critiques répétitives dont elle était l'objet. Ce qu'il est important de noter ici, c'est l'étonnement de Foucault quant au fait que la prison qui ne devait être qu'une possibilité de peine parmi d'autres soit devenue la seule peine sérieuse du système.

À côté de la prison, mais sûrement en deuxième plan, l'amende joue aussi un rôle important dans l'économie de la punition. Or, comme je le disais, ces deux peines ne sont pas les seules possibilités, et moins encore, les plus désirables. Regardons l'exemple de la récente loi en matière de drogues au Brésil, considérée comme un cas d'innovation « accidentelle » (Pires et Cauchie, 2007) portant sur les peines. Dans l'article 28 de ladite loi (loi 11.343 du 23 août 2006) on lit :

Art. 28 : « Quiconque achète, garde, a en dépôt, transporte ou amène sur soi, pour la consommation personnelle, des drogues sans autorisation ou à l'encontre d'un dispositif légal ou réglementaire sera soumis aux peines suivantes :	Crimes
I. Avertissement sur les effets des drogues;	Peines prévues
II. Prestations de services à la communauté;	
III. Mesure éducative de participation à un programme ou cours éducatif.	
§ 1° Les mêmes mesures s'appliquent à quiconque, pour sa consommation personnelle, sème, cultive ou cueille des plantes destinées à la préparation d'une petite quantité de substance ou de produit susceptible de causer une dépendance physique ou psychique.	Autres crimes et mêmes peines
§ 2° Pour déterminer si la drogue est destinée à la consommation personnelle, le juge tiendra compte de la nature et de la quantité de substance appréhendée, du lieu et des conditions où l'action s'est passée, des circonstances sociales et personnelles, aussi bien que de la conduite et des antécédents judiciaires de l'acteur du crime.	Critère de la « consommation personnelle »
§ 3° Les peines prévues dans les points II et III de l'en-tête de cet article seront appliquées pour une durée maximale de 5 (cinq) mois.	Normes de sanction

Ce qu'il est intéressant d'observer dans cette loi est que, lors d'une condamnation de quelqu'un pour consommation de drogues, la prison est entièrement exclue des options de peines

ouvertes au juge. De plus, les peines qui sont prévues dans cet article n'ont même pas usuellement le statut juridique de peines dans les législations occidentales, y compris dans la législation brésilienne. Et ces peines sont encore moins prévues comme des peines *indépendantes* de la peine de prison (comme c'est le cas des peines « alternatives » au Brésil) (Pires et Cauchie, 2007).

Néanmoins, le plus surprenant dans cette loi n'est pas le fait d'exclure complètement la peine de prison : en effet une telle hypothèse est relativement commune et se traduit généralement par une situation où on sélectionne l'amende à sa place. Or, dans ce cas-ci, la prison ne cède pas sa place à l'amende (Pires et Cauchie, 2007). Les deux peines les plus communes de la législation pénale sont totalement absentes dans le contexte d'un crime considéré comme assez grave (consommation de drogues) surtout si on le compare avec les contraventions ou les infractions administratives, où tant la prison que l'amende jouent un rôle central pour ce qui est des options de peines.

Bref, l'idée de citer cet exemple vise tout simplement à montrer que même en étant à contre-courant des « habitudes » en matière pénale, il est possible, et souhaitable, d'avoir d'autres peines que la prison et l'amende dans les législations. Et cette diversité s'applique même dans le cas de crimes considérés comme graves ou importants dans la hiérarchie des crimes, de sorte que la prison (et l'amende en deuxième plan) n'est pas la réponse unique et nécessaire, bien qu'elle soit largement utilisée dans la plupart des législations occidentales.

3.3 Le cheminement de la loi contre la torture au Parlement

En octobre 1994, le projet de loi 4.716 a été officiellement présenté à la Chambre des députés. Ce projet, formulé par le ministère de la Justice, prévoyait la définition du crime de torture (*normes de comportement*), les peines correspondantes et les situations qui rendraient le crime plus grave (la « qualification » des faits et les « causes d'augmentation des peines »[8]) (*normes de sanction*) ainsi que quelques règles procédurales (interdiction du cautionnement) (*normes de procédure)* et quelques règles sur l'encadrement de la norme dans le programme pénal (*normes de cadrage*). Plusieurs autres projets qui portaient sur le crime de torture ont été aussi présentés à la

[8] Dans le droit pénal brésilien, les *causes d'augmentation et de diminution de la peine* sont techniquement différentes des *circonstances aggravantes* et *atténuantes.* Les premières peuvent modifier, pour élargir ou diminuer, les limites ou les paramètres (minimum et maximum) de peines prévues dans le type pénal, tandis que les aggravantes vont modifier les peines déjà déterminées par le juge (« peine-base »), qui utilise les limites préétablies (peine minimale et peine maximale). Ainsi, les cause d'augmentation et de diminution de la peine modifient les limites mêmes de la peine tandis que les aggravantes et les atténuantes vont seulement changer la quantité d'une peine qui, elle, est choisie parmi les paramètres qui existent dans la loi.

Chambre des députés avant cette date, mais pour des raisons politiques diverses (tels les intérêts des partis, la signature des traités internationaux, etc.), c'est ceci qui fut retenu. Voici le texte du projet :

Art.1° Constitue un crime de torture: I – le fait de contraindre quelqu'un, avec l'emploi de la violence ou d'une grave menace, en causant de la souffrance physique ou mentale, à fournir de l'information, à faire une déclaration ou une confession qui sera utilisée dans des investigations, des enquêtes policières ou administratives ou dans la procédure judiciaire;	*Normes de comportement* : Crimes
II – le fait de soumettre quelqu'un, sous sa garde, son pouvoir ou son autorité, avec l'emploi de violence ou d'une grave menace, à une intense souffrance physique ou mentale, avec l'objectif de lui infliger un châtiment de caractère personnel, appliquer une mesure de caractère préventif ou une peine.	*Normes de sanction* : Peines prévues
Peine : réclusion de 2 à 5 ans et amende	
§ 1° Sera condamné à la même peine celui qui : I – avec les objectifs mentionnés plus haut dans les incises, utilise des substances, ou tout objet pouvant entraîner une intense souffrance physique ou mentale ou encore un risque de nature à porter atteinte à la santé de la victime ;	*Normes de comportement*
II – fait subir à une personne emprisonnée ou faisant l'objet de mesure de sécurité de la souffrance physique ou mentale, au moyen d'un acte non prévu par la loi ou non résultant d'une mesure légale.	
§ 2° Si des lésions corporelles graves résultent des faits prévus dans cet article, la peine sera la réclusion de 4 à 8 ans ; si la mort s'ensuit, la peine sera de 8 à 16 ans.	Situations qui qualifient l'acte
§ 3° Les peines augmentent d'un tiers si l'individu est un fonctionnaire public ou est dans l'exercice d'une fonction publique et se sert de son poste pour commettre ledit crime	Causes d'augmentation des peines
Art. 2° Le crime de torture constitue un délit autonome, punissable indépendamment de la peine prévue dans la loi pour d'autres crimes où la torture apparaît soit comme moyen, élément ou circonstance.	D'autres *normes de sanction* et de *procédure*
Art. 3° Le crime de torture est non passible de cautionnement et non susceptible de grâce ou d'amnistie, et en sont responsables les instigateurs, leurs exécutants et ceux qui auraient pu l'empêcher et s'en sont abstenus.	*Normes de cadrage*
Art. 4° On ne considérera pas comme de la torture les douleurs ou les souffrances qui sont la conséquence uniquement de sanctions légitimes ou qui sont inhérentes à de telles sanctions.	

| Art. 5° Cette loi entre en vigueur à la date de sa publication |

Pour commencer avec les *normes de comportement*, le projet va, en gros, définir la torture de deux manières : 1. contraindre quelqu'un violemment avec le but d'obtenir des informations dans le cadre d'une investigation policière ou d'un procès judiciaire; 2. soumettre quelqu'un à la souffrance physique ou mentale dans le but de le châtier. Quant aux *normes de sanction*, la peine prévue pour les deux cas est de 2 à 5 ans de prison. Si la torture cause des lésions corporelles graves à la victime, la peine augmente de 4 à 8 ans. Et si elle entraîne sa mort, la peine monte de 8 à 16 ans.

Toujours quant aux *normes de sanction*, le projet prévoit que si l'auteur de la torture s'avérait être un *fonctionnaire public,* la peine finale augmenterait d'un tiers (art.1°, §3°). Il s'agit d'une disposition quelque peu curieuse. L'intention de la loi semble être de punir plus sévèrement le fonctionnaire public, notamment le policier, qui recourt à la torture comme un outil de travail. Néanmoins, si on observe la première définition du crime (art. 1°, I), on lit que l'action ne peut être commise que dans le cadre d'une investigation, d'une enquête policière, d'une enquête administrative ou d'un procès judiciaire. Dans ces quatre cas, il est très difficile d'imaginer un fonctionnaire *non public* qui soit impliqué dans une telle activité. On doit, bien sûr, toujours considérer les hypothèses où des personnes qui ne sont pas des fonctionnaires publics sont engagées (légalement ou non) pour réaliser des travaux dans le contexte des investigations criminelles des procédures judiciaires. Dans ces seuls cas, bien qu'ils ne correspondent pas au type de situation visée par la loi, la prescription du §3° ne serait pas redondante. La même observation vaut pour la disposition de l'art. 1°, §1°, II, qui détermine que ceux qui soumettent des prisonniers à la souffrance sont assujettis aux mêmes peines. Dans ce cas, il me semble que la cible est clairement les gardiens de prisons (normalement des fonctionnaires publics), mais la loi sous-entend la possibilité que des individus qui ne sont pas des fonctionnaires publics soient aussi impliqués dans ce genre d'activité.

Dans la justification du ministre de la Justice lors de la présentation de ce projet, on lit qu'il y avait une nécessité de confirmer les compromis internationaux signés par le pays, telles les Conventions de l'ONU contre la torture (1984, ratifiées par le Brésil en 1989) et la Convention interaméricaine pour prévenir et punir la torture (1985, ratifiée par le Brésil en 1989). La Constitution de 1988 elle-même décrivait la torture comme un crime grave qui devait être réglementé par une loi infra-constitutionnelle. De plus, la torture devrait être considérée comme un crime équivalant aux crimes *haineux* (crimes considérés par la législation comme de spéciale graveté) c'est à dire que toutes les limitations en termes de garanties juridiques qui valent pour les crimes haineux devraient

valoir aussi pour la torture. D'autre part, on lit dans la justification qu'il fallait absolument donner à la justice un outil légal de la criminalisation, puisque l'inexistence de lois avait généré une impunité totale à cet égard. Bref, le ministre mentionne qu'une telle mesure législative devait être adoptée immédiatement, en concordance avec les traditions humanitaires du peuple brésilien et à sa conscience que la torture devait faire l'objet d'un rejet absolu.

Cette justificative suscite dès lors plusieurs questions. Notons, par exemple que le ministre mentionne la Constitution de 1988 pour justifier la nécessité de créer un crime de torture. En effet, dans l'article 5°, où on trouve la liste des droits et garanties fondamentaux (l'équivalent à la Charte canadienne de droits et libertés), dans son incise XLIII, on lit que : « la loi considérera comme *crime*, sans droit au cautionnement, à la grâce ou à l'amnistie, les actes de torture, de trafic de drogues, de terrorisme et des actes classifiés comme crimes haineux; et en sont responsables les instigateurs, les exécutants, et ceux qui auraient pu l'empêcher et s'en sont abstenus ».

Dans cet article de la Constitution brésilienne on trouve deux types de problèmes : d'abord on vérifie que dans la « charte brésilienne des droits », à côté des droits fondamentaux qui doivent être *accordés* à tous les individus, la Constitution indique des garanties et des droits qui doivent être *soustraits* à certains individus (Pires et Garcia, 2007). La création de certains crimes et l'indication des limitations à d'autres garanties juridiques (comme le cautionnement ou l'amnistie) sont ainsi vues comme étant des véritables « droits » fondamentaux, même si cela implique la limitation des droits de quelques-uns. Et apparemment, ce fait ne suggère aucune contradiction ni aucun embarras dans le champ de la protection des droits de la personne.

En second lieu, il s'agit là d'une loi constitutionnelle qui crée des crimes, y compris celui de torture, sans « effectivement » les créer, parce qu'il n'existait pas encore de lois pénales qui réglementaient le sujet (sauf la loi portant sur le crime de trafic de drogues, promulguée en 1976). De cette manière, sans une loi qui les intégrait dans la législation criminelle, ces crimes ne pouvaient être utilisés ni par les tribunaux (lors de jugements) ni par la police (comme justificative d'investigations criminelles). Bref, il s'agissait de crimes qui existaient sans exister. Regardons la citation suivante :

1	Le résultat paradoxal est que la torture est un crime grave, mais pour lequel personne ne peut être condamné, parce qu'il n'y a pas de peine prévue. Il est évident qu'il existe des détournements légaux par lesquels un tortionnaire peut être puni (lésions corporelles, par exemple), mais sûrement sans la vigueur prévue par la Charte. Omissão torturante, 9/9/95, *Folha de São Paulo*, p.1-2.	(média) Le paradoxe de la Constitution

Le cas de la torture en est un exemple clair de ce paradoxe, puisque la loi qui incrimine la torture fut créé presque 10 ans plus tard. Un autre exemple est le crime de racisme (art. 5, XLII) car la Constitution détermine aussi que la pratique de racisme doit constituer un crime, qui serait réglementé plus tard par la loi pénale. Ce qu'on voit dans ces cas est une « invasion » de la norme constitutionnelle dans le droit pénal, qui finit par se limiter à une fonction de réglementation des normes constitutionnelles plutôt que de création de ses propres catégories. Cette fonction « secondaire » de réglementation attribuée au droit pénal est perçue par les médias, ainsi que par la doctrine juridique, sans y être pourtant problématisée.

2	Même si le Parlement n'a pas encore réglementé la norme constitutionnelle qui considère la torture comme un crime haineux, c'est avec ce terme – torture – que le procureur militaire x a présenté une partie de sa dénonciation contre les officiers de l'aviation et les militaires de la PM (Police militaire). Juiz aceita denúncia contra militares, 29/9/90, *Jornal de Brasília*, p.12.	

En effet, même avant la création du crime de torture dans la législation pénale (en 1997), la torture était déjà décrite comme un « crime » par certains juristes, ce qui est un paradoxe d'un point de vue juridique. C'est comme si la norme constitutionnelle était suffisante pour que le système juridique intègre le *crime* de torture dans ses communications, ce qui devait arriver seulement après l'édiction d'une norme *pénale*. Or, on trouve parmi mes données quelques communications (juridiques) de ce type.

3	(...) le parlementaire de l'Assemblé constituante de 1988 a pris l'initiative de considérer la torture (...) comme une espèce majeure, impérative et catégorique de crime profondément répugnant et, méritant ainsi une réaction punitive spécifiquement plus sévère. Il s'agit de crimes constitutionnellement haineux. Leal, João José (1991) La convention de l'ONU sur la torture. *Revista dos Tribunais*, ano 671, septembre de 1991.	« crime » de torture

L'extrait ci-dessous est d'un juriste, futur ministre de la Justice, qui a écrit dans un journal sur la question de l'imprescriptibilité du « crime » de torture :

4	(...) ma répugnance pour le crime de torture qui, lamentablement, jusqu'à présent, n'a pas été transformée en loi pénale, je l'ai exprimée à l'aide de mots et d'actes depuis que j'ai pris conscience du problème. Dias, José Carlos. La torture et la prescription, 16/6/87, *Folha de São Paulo*, p. 7.	« Crime » de torture

La Commission de justice de la Chambre des députés, responsable de l'évaluation des aspects juridiques des projets de loi, s'est aussi manifestée à cet égard :

5	Par rapport au mérite et au contenu du projet face à la constitution fédérale, nous croyons que la torture, outre le fait d'avoir été criminalisée, a été considérée comme un crime non passible de caution (...). Rapport de la commission de justice de la Chambre des députés, référant au projet de loi 3.935 de 1989.	« Crime » de torture
6	(...) la torture apparaît au Brésil comme une pratique sans limites (...) La loi constitutionnelle punit le crime – qui apparaît dans la liste des crimes non passibles de cautionnement et non privilégiés par les bénéfices de la grâce ou de l'amnistie (...) Au Brésil on assiste à un véritable cirque où l'on s'oppose aux règles les plus primaires de la civilisation, où l'on enterre les sentiments fraternels, défie la culture moyenne et offense la science criminelle. Vote d'un député lors de la discussion du projet de loi 3.935 de 1989.	La Constitution *punit* le crime

Toutefois, il y avait quand même une reconnaissance que l'existence du crime n'était pas suffisante pour que le comportement soit puni. Il fallait que le droit pénal se manifeste à cet égard (de la punition) :

7	(...) personne ne peut être puni pour le crime haineux de torture avant que le droit positif ne définisse expressément le comportement qui caractérise ce type d'illicite pénal et en détermine la sanction. Leal, João José (1991) La convention de l'ONU sur la torture. *Revista dos Tribunais*, ano 671, setembro de 1991.	(Doctrine)

Bref, le cas du crime de torture, avant la promulgation de la loi de 1997, est devenu un des cas rares de crime sans peine, ce qui est à contre-courant de la rationalité pénale moderne, qui identifie immédiatement *crime* et *peine*. Cette association est tellement forte qu'on va avoir tendance à considérer le crime comme valide uniquement s'il est accompagné d'une peine (principe du *nullum crimen sine poena legali).* Je reviendrai sur ce sujet dans la section suivante.

Pour poursuivre cette réflexion sur la « typification » paradoxale de la torture par la Constitution, j'ai trouvé dans les médias une référence à un jugement de la Cour suprême (en portugais « Supremo Tribunal Federal ») où les ministres (nom accordé aux juges de la Cour) ont décidé que la torture n'avait pas besoin d'être définie comme « crime » par le droit pénal pour pouvoir être traitée comme crime par les tribunaux.

8	Après un vote polémique qui a duré trois heures, la Cour suprême a décidé hier (...) que la torture – considérée par la Constitution comme crime haineux et non passible de cautionnement, mais jusqu'à maintenant non typifié dans la loi – est caractérisée comme un délit par le système pénal (...) la majorité des ministres de la Cour Suprême ont suivi les votes des ministres x et y, en soutenant que le Statut de l'enfant et de l'adolescent avait criminalisé la torture, puisque dans ce Statut on trouve les pénalités spécifiques pour ceux qui torturent des mineurs. (...) Les ministres x, y et z ont convaincu les autres, en défendant la thèse de la non nécessité d'une définition, dans le Code criminel, du crime de torture, parce que le Brésil est signataire des Conventions de l'ONU et de l'OEA sur le sujet de la torture, lesquelles ont été déjà incorporées à l'ordre juridique brésilienne. Le crime de torture peut déjà être jugé, 24/6/94, *Jornal do Brasil*, p.8	(Doctrine)

Comme le Statut de l'enfant et de l'adolescent (loi 8.069/90) prévoyait des peines pour la torture pratiquée contre les enfants, même sans définition du comportement, la Cour suprême a décidé que cette disposition était suffisante pour considérer la torture comme un crime, au moins lorsqu'elle est pratiquée contre les enfants. De plus, les juges ont mentionné les traités internationaux dont le Brésil était déjà signataire. En laissant de côté les questions de la technique juridique, je veux souligner encore une fois, du point de vue sociologique, le fait du déplacement du droit pénal dans le cas du crime de torture, comme un élément centralisateur des décisions et de l'orientation globale de la législation pénale, vers un rôle de régularisation des crimes dans le sens de leur attribuer des peines pour que ces dernières puissent être concrètement appliquées.

Reprenons maintenant le processus législatif : en février 1995, le projet a été envoyé à la Commission de constitution, de justice et de rédaction (désormais : Commission de justice). La Commission de justice est un passage obligatoire pour tous les projets de loi, mais elle devient spécialement importante dans le cas des lois criminelles car c'est là où ont lieu les débats les plus déterminants. Puisque le projet en question traitait de la torture et donc, d'un sujet propre aux droits de la personne, la Commission des droits de la personne, récemment instituée, a demandé la permission d'analyser la proposition. À ce moment, la Commission des droits de la personne n'avait pas de pouvoir conclusif, c'est-à-dire qu'elle ne pouvait émettre des décisions finales sur aucun sujet. Jusqu'à 2004, son rôle dans le processus législatif était essentiellement de recevoir et d'investiguer des dénonciations de violations contre les droits de la personne, ainsi que de formuler des analyses et des suggestions pour les projets de loi tenus pour importants.

En avril 1995, la Commission des droits de la personne émit un rapport dans lequel elle manifestait son accord par rapport à la criminalisation de la torture, mais présentait un autre projet en substitution au texte du projet original. Le grand changement concernait les peines qui étaient

considérablement augmentées dans le nouveau texte. Un autre changement important portait sur la description du type pénal (le crime) : les finalités d'obtention d'information ou d'application d'un châtiment avaient disparues. Pour la Commission des droits de la personne, la torture se ramenait simplement à de mauvais traitements dans le but de causer des souffrances à autrui. Voici le projet de la loi tel que suggéré par la Commission des droits de la personne :

9	Art. 1° Le texte de l'article 129 du décret-loi 2848 de 1940 est désormais remplacé par le suivant: Art. 129 Soumettre quelqu'un à des mauvais traitements, après avoir réduit par quelque moyen que ce soit sa capacité de résistance, dans le but de lui causer de la souffrance physique ou morale. Peine – réclusion de 4 à 8 ans.	*Norme de comportement*: Crime *Normes de sanction* : Peines prévues
	§1° S'il en résulte des lésions corporelles de nature grave, la peine est de 9 à14 ans de réclusion; si la mort en résulte, la réclusion est de 25 à 30 ans.	Situations qui qualifient le crime
	§2° Si le crime est commis par un fonctionnaire public, dans l'exercice ou en raison de sa fonction, la peine augmente d'un tiers jusqu'à la moitié.	Augmentation des peines
	§3° L'autorité qui prend connaissance d'un crime de torture et qui ne met pas en branle la procédure adéquate sera tenue responsable dudit crime et punissable des mêmes peines.	*Norme de comportement*
	§4° Les peines augmentent d'un tiers si l'individu est un fonctionnaire public, civil ou militaire, ou est dans l'exercice de fonctions publiques, ou s'il s'agit d'un professionnel de la santé, qui pratique la torture ou cherche à en dissimuler les traces pour contourner les effets légaux.	Augmentation des peines
	§5° L'augmentation prévue dans le paragraphe précédent sera aussi appliquée au supérieur hiérarchique qui participe, stimule, coordonne, prend connaissance, consent ou abuse de son autorité.	*Normes de cadrage*
	§6° Dans aucun cas l'occurrence de circonstances exceptionnelles ou d'urgence ne pourra être invoquée, ainsi que les états de guerre, de défense ou de siège pour justifier la commission du crime de torture.	
	§7° La condamnation pour torture entraînera la perte du poste, de l'emploi ou de la fonction publique, l'interdiction partout de son exercice, outre la prohibition d'avoir quelque activité qui dépende de l'autorisation ou de l'accord du pouvoir public.	Autres *normes de sanction*
	§8° Le crime de torture est non passible de cautionnement et non susceptible de grâce ou d'amnistie, et en sont responsables les instigateurs, leurs exécutants et ceux qui auraient pu l'empêcher et	

s'en sont abstenus.

Art. 2° Le texte de l'article de l'ECA est désormais remplacé par le suivant :
Art 233.....
Peine: réclusion de 4 à 8 ans
§ 1°...
Peine: réclusion de 9 à 14 ans
§ 2° ...
Peine: réclusion de 12 à 20 ans
§ 3° ...
Peine: réclusion de 25 à 30 ans
(...)"

En mai 1996, plus d'un an après l'appréciation du projet par la Commission des droits de la personne, le Président de la République sollicita que le projet soit étudié de façon prioritaire (en portugais on dit que le Président a demandé l'« urgence » à l'égard du projet). Le 21 mai, des amendements au projet original, formulés par des députés, furent présentés avec des suggestions de rédaction et aussi l'augmentation de quelques peines. Les suggestions de la Commission des droits de la personne furent aussi incluses pour être appréciées par la Commission de justice. Cependant, tous ces suggestions furent rejetés, y compris le texte formulé par la Commission des droits de la personne.

Le projet, encore dans le format du projet originel, fut envoyé à la Commission de justice en juin 1996 et on en reçut le rapport quelques jours plus tard. Cette Commission devait donner son avis sur la constitutionalité, la juridicité et la technique législative. Comme il s'agissait d'un projet de loi criminelle, elle devait aussi se faire entendre sur le contenu du projet (et non seulement sur la forme). Dans tous ces cas, elle se montra favorable au projet de loi sur le crime de torture, bien qu'à l'instar de la Commission de droits de la personne, elle proposa elle aussi un nouveau texte en substitution au projet original. Le nouveau texte (appelé *substitutif*), après des discussions internes et quelques changements, fut approuvé par la Commission de justice.

Pour ce qui est du contenu, la Commission de justice augmenta les peines du projet original, mais pas autant que l'avait suggéré la Commission des droits de la personne. Elle garda aussi l'idée que le concept de la torture impliquait qu'il fallait avoir fait souffrir dans le but d'obtenir des informations, dans le cadre d'une investigation criminelle ou d'un procès judiciaire.

Comme il n'y avait alors aucune autre Commission thématique à qui envoyer le projet, le parcours normal était donc de l'acheminer au *plenário* pour le vote final. Toutefois, un jour avant le vote sur le projet par le *plenário*, le ministre de la Justice réunit les députés plus impliqués sur la question pour refaire le texte encore une fois. Puisque le rapporteur du projet au *plenário* accepta l'idée de rapporter ce nouveau texte, le projet de torture fut reformulé encore une fois. Ce dernier changement, néanmoins, fut gardé jusqu'à la fin du processus législatif, configurant le texte final approuvé par le Sénat et transformé en loi. Sur le plan du contenu, on élargit la définition du crime, pour inclure dans les situations de torture « l'imposition de souffrance » dans les buts : (1) de provoquer une action criminelle et (2) de pratiquer la discrimination religieuse ou raciale. Sur le plan des peines, elles furent diminuées jusqu'à des paramètres très proches du projet original. Je vais revenir sur le texte de la loi plus tard dans ce chapitre, mais regardons pour l'instant le tableau ci-dessous qui compare trois versions différentes du texte, celle du projet original, celle de la Commission des droits de la personne et celle qui a été approuvée par le *plenário* de la Chambre des députés:

Tableau 3.1
Comparaison des 3 versions du projet de loi contre la torture

	PROJET ORIGINAL (POUVOIR ÉXECUTIF)	PROJET PRÉSENTÉ PAR LA COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME	PROJET VOTÉ À LA CHAMBRE DES DÉPUTÉS (DEVENANT LA VERSION FINALE DE LA LOI)
NORMES DE COMPORTEMENT (crimes)	Art.1° Constitue un crime de torture: I – le fait de contraindre quelqu'un, avec l'emploi de la violence ou d'une grave menace, en causant de la souffrance physique ou mentale, à fournir de l'information, à faire une déclaration ou une confession qui sera utilisée dans des investigations, des enquêtes policières ou administratives ou dans la procédure judiciaire; II – le fait de soumettre quelqu'un, sous sa garde, son pouvoir ou son autorité, avec l'emploi de violence ou d'une grave menace, à une intense souffrance physique ou mentale, avec l'objectif de lui infliger un châtiment de caractère personnel, appliquer une mesure de caractère préventif ou une peine. (...) §1° Sera condamné à la même peine celui qui : I – avec les objectifs mentionnés plus haut dans les incises, utilise des substances, ou tout objet pouvant entraîner une intense souffrance physique ou mentale ou encore un risque de nature à porter atteinte à la santé de la victime ;	Art. 1°. Le texte de l'article 129 du décret-loi 2848 de 1940 est désormais remplacé par le suivant: Art. 129 Soumettre quelqu'un à des mauvais traitements, après avoir réduit par quelque moyen que ce soit sa capacité de résistance, dans le but de lui causer de la souffrance physique ou morale. (...) §3° L'autorité qui prend connaissance d'un crime de torture et qui ne met pas en branle la procédure adéquate sera tenue responsable dudit crime et punissable des mêmes peines. (...)	Art.1° Constitue un crime de torture: I – le fait de contraindre quelqu'un, par l'utilisation de la violence ou de menaces graves, en causant de la souffrance physique ou mentale. a) dans le but d'obtenir des informations, des déclarations ou des confessions de la victime ou d'une tierce personne; b) dans le but de faire une action criminelle ou d'omettre de l'en empêcher; c) pour des motifs de discrimination raciale ou religieuse; II – le fait de soumettre quelqu'un, sous sa garde, son pouvoir ou son autorité, par l'utilisation de la violence ou de menaces graves, en lui causant de la souffrance physique ou mentale, dans le but de lui infliger personnellement un châtiment ou de lui appliquer une mesure de caractère préventif. §1° Sera condamné à la même peine celui qui fait subir à une personne emprisonnée ou faisant l'objet de mesure de sécurité de la souffrance physique ou mentale, au moyen d'un acte non prévu par la loi ou non résultant d'une mesure légale. §2° Celui qui omet d'empêcher l'adoption des comportements plus haut mentionnés ou

	II – fait subir à une personne emprisonnée ou faisant l'objet de mesure de sécurité de la souffrance physique ou mentale, au moyen d'un acte non prévu par la loi ou non résultant d'une mesure légale.		d'enquêter sur la question, doit être soumis à une peine de détention d'un à quatre ans.
NORMES D'EXCLUSION/INCLUSION DANS LE PROGRAMME (CADRAGE)	Art. 4° On ne considérera pas comme de la torture les douleurs ou les souffrances qui sont la conséquence uniquement de sanctions légitimes ou qui sont inhérentes à de telles sanctions. Art. 5° Cette loi entre en vigueur à la date de sa publication.	Art. 1°... §6° Dans aucun cas l'occurrence de circonstances exceptionnelles ou d'urgence ne pourra être invoquée, ainsi que les états de guerre, de défense ou de siège pour justifier la commission du crime de torture. Art. 4°. Cette loi entre en vigueur à la date de sa publication.	Art. 2° Le contenu de cette loi s'applique même quand le crime n'est pas commis à l'intérieur du territoire national, si la victime est brésilienne ou si l'individu se trouve dans un local sous juridiction brésilienne. Art. 3° Cette loi entre en vigueur à la date de sa publication.
NORMES DE SANCTIONS (peines)	Art.1° Peine : réclusion de 2 à 5 ans et amende §2° Si des lésions corporelles graves résultent des faits prévus dans cet article, la peine sera la réclusion de 4 à 8 ans ; si la mort s'ensuit, la peine sera de 8 à 16 ans. (...) Art. 2° Le crime de torture constitue un délit autonome, punissable indépendamment de la peine prévue dans la loi pour d'autres crimes où la torture apparaît soit comme moyen, élément ou circonstance.	Art. 1°... Peine – réclusion de 4 à 8 ans. §1. S'il en résulte des lésions corporelles de nature grave, la peine est de 9 à14 ans de réclusion; si la mort en résulte, la réclusion est de 25 à 30 ans.	Art. 1°... Peine – réclusion de 2 à 8 ans. §3°. S'il en résulte des lésions corporelles de nature grave, la peine est de 4 à 10 ans de réclusion; si la mort en résulte, la réclusion est de 8 à 16 ans.

NORMES DE SANCTIONS (Aggravation des peines)	Art. 1°... §3° Les peines augmentent d'un tiers si l'individu est un fonctionnaire public ou est dans l'exercice d'une fonction publique et se sert de son poste pour commettre ledit crime Art.3° [le crime de torture est] non susceptible de grâce ou d'amnistie, et en sont responsables leurs instigateurs, leurs exécutants et ceux qui auraient pu l'empêcher et s'en sont abstenus.	Art. 1°... § 2° Si le crime est commis par un fonctionnaire public, dans l'exercice ou en raison de sa fonction, la peine augmente d'un tiers jusqu'à la moitié. (...) §4° Les peines augmentent d'un tiers si l'individu est un fonctionnaire public, civil ou militaire, ou est dans l'exercice de fonctions publiques, ou s'il s'agit d'un professionnel de la santé, qui pratique la torture ou cherche à en dissimuler les traces pour contourner les effets légaux. §5° L'augmentation prévue dans le paragraphe précédent sera aussi appliquée au supérieur hiérarchique qui participe, stimule, coordonne, prend connaissance, consent ou abuse de son autorité. (...) §7° La condamnation pour torture entraînera la perte du poste, de l'emploi ou de la fonction publique, l'interdiction partout de son exercice, outre la prohibition d'avoir quelque activité qui dépende de l'autorisation ou de l'accord du pouvoir public. §8° [le crime de torture est] non susceptible de grâce ou d'amnistie, et en sont responsables ceux qui instiguent quelqu'un à commettre un crime, leurs exécutants et ceux qui auraient pu l'empêcher et s'en sont abstenus. Art. 2° Le texte de l'article de l'ECA est désormais remplacé par le suivant : Art 233..... Peine: réclusion de 4 à 8 ans § 1°... Peine: réclusion de 9 à 14 ans § 2° ...	§ 4° La peine augmente de 1/6 à 1/3: I – si le crime est commis par un fonctionnaire public ; II – si le crime est commis contre un enfant, une femme enceinte, un handicapé et un adolescent ; III – si le crime est commis dans le contexte d'un enlèvement. §5° La condamnation entraîne la perte du poste, de la fonction ou de l'emploi public et l'interdiction de son exercice pendant le double du temps de la peine accordée. §6° [Le crime de torture n'est pas susceptible de cautionnement,] de grâce ou d'amnistie. §7° Le condamné pour un crime prévu dans cette loi, à l'exception de l'hypothèse du §2 °, débutera sa peine en régime ferme. (...) Art. 4° L'article 233 de la loi 8 069, du 13 juillet de 1990, Statut de l'enfant et de l'adolescent, est abrogé.

		Peine: réclusion de 12 à 20 ans § 3° ... Peine: réclusion de 25 à 30 ans	
NORMES DE PROCÉDURE	Art 3° Le crime de torture est non passible de cautionnement (...).	Art. 1°... §8 Le crime de torture est non passible de cautionnement (...).	Art. 1°... §6° Le crime de torture n'est pas passible de cautionnement (...).

Une des caractéristiques les plus marquantes de ce tableau est justement l'oscillation des peines : elles montent considérablement quand le projet est reformulé par la Commission des droits de la personne et sont réduites de nouveau lors de la version approuvée à la Chambre des députés. On peut se questionner sur la nature de la contribution qu'a faite cette Commission alors que son but premier devait être celui de protéger les droits de la personne. Je reviendrai sur ce sujet au dernier chapitre (chapitre IV).

Une autre caractéristique quant aux peines du projet de la Commission des droits de la personne est le fait que ce projet a été le seul à modifier, pour les augmenter, les peines de torture contre les enfants prévues dans le « Statut de l'enfant et de l'adolescent » (Loi 8069 de 1990). Dans cette loi, la punition pour le crime de torture était déjà considérée par une partie des juristes comme étant trop élevée.

10	L'argument à savoir que la nouvelle loi contre la torture punit moins sévèrement la torture contre l'enfant ou l'adolescent quand elle conduit à la mort est un argument faible. La peine du Statut de l'enfant et de l'adolescent était de 15 à 30 ans de prison. La peine pour la torture contre l'enfant selon la loi 9455/97 est de 8 à 16 ans, avec augmentation de la durée de l'incarcération de 1/6 à 1/3. La peine du Statut était exagérée, non proportionnelle. Il s'agit d'un crime « praeter-intentionnel ». Le Statut punissait le crime « praeter-intentionnel » avec une peine plus sévère que l'homicide qualifié par la torture. (Gomes, Luiz Flávio (1997), Loi 9455/97 (Torture): premières notes interprétatives. *Themis,* Revista da ESMEC, Fortaleza, vol. 1, n.1, 1997)	(Doctrine) Critique à l'excès de l'ECA

Dans l'ECA la peine pour la torture contre un enfant, suivie de mort par exemple, était de 15 à 30 ans. Dans le projet de la Commission de droits de la personne, si on observe le tableau, la peine pour cette même modalité de crime est montée de 25 à 30 ans de prison. Dans la loi finale, par contre, les peines de l'ECA sont abrogées de sorte qu'un crime de torture contre un enfant sera dès lors puni avec les peines de la loi contre la torture, aggravées par le fait que la victime soit un enfant (Art. 1, § 4).

Finalement, le 3 juillet 1996, le projet fut approuvé à la Chambre des députés et envoyé au Sénat fédéral : reçu au Sénat le 11 juillet, il fut tout de suite envoyé à sa Commission de justice. Des amendements furent proposés par un sénateur pour atténuer les peines ou préciser la rédaction de la loi. Je soulève le fait, sans pourtant développer la question pour l'instant, que l'instigateur de ces

amendements était un politicien de la droite, connu pour son engagement dans la promotion de la sécurité publique et d'un système pénal plus punitif et moins tolérant. Lorsqu'un politicien comme lui, connu pour défendre l'endurcissement des lois pénales en général, y compris et surtout en ce qui concerne les peines, propose un adoucissement de la loi qui punit la torture, il faut se demander quelles motivations l'amènent à soutenir une telle position à première vue « progressiste » en termes de peine (dans le sens de viser un adoucissement des pénalités, notamment celle de prison). D'après mes données, la droite soutient la réduction de la rigueur de la loi contre la torture avec la justification de ne pas limiter l'action de la police contre la criminalité. Je vais revenir à cette discussion dans le prochain chapitre d'analyse, mais j'aimerais pour l'instant seulement indiquer qu'il s'agit ici d'un cas typique où une (*idée*) *motivation* « conservatrice » (ne pas limiter la violence policière pour garantir l'ordre et la sécurité publique de la classe moyenne) est suivi d'une *(idée) moyen* « progressiste » (réduire les peines de prison).

Le 1er avril la Commission de justice du Sénat émit un rapport favorable au projet. Dans ledit rapport, la Commission analysait aussi un autre projet de loi non retenu sur la torture, proposé au Sénat en 1995 (PL 190/95) ainsi que les amendements mentionnés ci-dessus. Ceux-ci furent rejetés par la Commission et le projet venu de la Chambre des députés (PL 4716/94) fut gardé au complet. Le lendemain du vote à la Commission de justice, le projet était déjà au *plenário* du Sénat fédéral et le vote eut lieu le 3 avril 1996. Le projet fut ainsi approuvé au Sénat sans aucune suggestion de modification.

La rapidité avec laquelle le projet passa par le Sénat fédéral à partir d'avril 1997 (si on considère qu'il s'y était rendu en juillet 1996) est communément attribué à un fait qui se produisit à São Paulo, connu comme « le cas de la Favela Naval ». Le 7 mars 1997, trois individus dans une voiture furent arrêtés par des policiers militaires dans la ville de Diadema, située dans la région métropolitaine de São Paulo. Ils se trouvaient dans un des bidonvilles de la région, assez pauvre, appelé Favela Naval. Les policiers demandèrent au conducteur de la voiture de descendre et, sans raison apparente, le battirent violemment. Ensuite, les policiers libérèrent les individus et, avant de partir, le conducteur cria aux policiers qu'il avait pris note du numéro du véhicule de police. Ceux-ci devinrent furieux et « Rambo », l'un des policiers, commença à tirer vers la voiture et tua l'un des passagers.

La scène, qui avait été filmée par hasard par un citoyen, fut transmise par le journal télévisé le plus populaire du pays. Ceci causa une commotion généralisée et même le président de la

République, Fernando Henrique Cardoso, exprima publiquement sa révolte devant ces images. Une *CPI* (Commission parlementaire d'investigation) pour investiguer la violence de la police militaire fut instaurée par l'Assemblé législative de l'État de São Paulo et des organisations internationales pour la défense des droits de la personne furent aussi mobilisées après la diffusion des scènes de violence.

Pendant que le projet de loi était au *plenário* du Sénat fédéral, aucun sénateur ne put demander lui-même plus de temps pour l'analyser ou en discuter, ni proposer des amendements avec des modifications au texte parce que le Président de la République avait demandé priorité absolue pour ledit projet. Et comme aucun sénateur n'a interpellé des recours, le projet fut approuvé exactement de la même manière qu'il était arrivé de la Chambre des députés. Le 7 avril 1997, le Président de la République sanctionna intégralement le projet, le transformant en loi.

3.4 La loi 9455/97 : crimes et peines

Après ce bref passage au Sénat, le projet de loi 4.716 de 1994 est finalement devenu la loi n° 9455 de 1997. Comme on l'a vu, la loi va essentiellement présenter une définition du crime de torture, les conditions qui rendent le crime plus grave et les peines correspondantes à chaque modalité de torture (simple, qualifiée ou omission face à la torture). Je répète encore une fois le texte de la loi (voir la troisième colonne du tableau 3.3) pour l'analyser d'une façon plus détaillée, à l'aide des catégories, telles normes de comportement, normes de sanction, etc.

Art.1° Constitue un crime de torture: I – le fait de contraindre quelqu'un, par l'utilisation de la violence ou de menaces graves, en causant de la souffrance physique ou mentale. a) dans le but d'obtenir des informations, des déclarations ou des confessions de la victime ou d'une tierce personne; b) dans le but de faire une action criminelle ou de pratiquer une omission criminelle; c) pour des motifs de discrimination raciale ou religieuse. II – le fait de soumettre quelqu'un, sous sa garde, son pouvoir ou son autorité, par l'utilisation de la violence ou de menaces graves, en lui causant de la souffrance physique ou mentale, dans le but de lui infliger personnellement un châtiment ou de lui appliquer une mesure de caractère préventif. Peine – réclusion, de 2 à 8 ans.	*Normes de comportement* : crimes *Normes de sanction* : Peines prévues

§1° Sera condamné à la même peine celui qui fait subir à une personne emprisonnée ou faisant l'objet de mesure de sécurité de la souffrance physique ou mentale, au moyen d'un acte non prévu par la loi ou non résultant d'une mesure légale.	*Normes de comportement* : crime
§2° Celui qui omet d'empêcher l'adoption des comportements plus haut mentionnés ou d'enquêter sur la question, doit être soumis à une peine de détention d'un à quatre ans.	Omission face à la torture
§3° S'il en résulte des lésions corporelles de nature grave, la peine est de 4 à 10 ans de réclusion; si la mort en résulte, la réclusion est de 8 à 16 ans.	*Normes de sanction* : Qualificatives
§ 4° La peine augmente de 1/6 à 1/3: I – si le crime est commis par un fonctionnaire public ; II – si le crime est commis contre un enfant, une femme enceinte, un handicapé et un adolescent ; III – si le crime est commis dans le contexte d'un enlèvement	Augmentation des peines
§5° La condamnation entraîne la perte du poste, de la fonction ou de l'emploi public et l'interdiction de son exercice pendant le double du temps de la peine accordée.	*D'autres normes de sanction*
§6° Le crime de torture n'est pas susceptible de cautionnement, de grâce ou d'amnistie.	
§7° Le condamné pour un crime prévu dans cette loi, à l'exception de l'hypothèse du §2 °, débutera sa peine en régime ferme.	
Art. 2° Le contenu de cette loi s'applique même quand le crime n'est pas commis à l'intérieur du territoire national, si la victime est brésilienne ou si l'individu se trouve dans un local sous juridiction brésilienne.	*Normes de cadrage*
Art. 3° Cette loi entre en vigueur à la date de sa publication.	
Art. 4° L'article 233 de la loi 8 069, du 13 juillet de 1990, Statut de l'enfant et de l'adolescent, est abrogé.	

En appliquant les catégories proposées par Pires, je vais diviser la loi contre la torture en 5 catégories (voir Tableau 3.2) de manière à pouvoir les analyser séparément ainsi qu'à comparer les normes qui rentrent dans chaque catégorie: *normes de comportement*, qui incluent les définitions du crime de torture et le crime d'omission face à la torture; *normes de sanction* qui incluent les peines correspondantes à chacune de ces figures et les conditions d'aggravation des peines; *normes de cadrage* qui incluent l'application territoriale de la loi et *normes de procédure* car la loi interdit le cautionnement.

Du point de vue de l'organisation « officielle » du texte, la loi contre la torture a été divisée en quatre articles : le premier traite des modalités du crime, des peines et de la limitation des garanties juridiques (*normes de comportement* et *sanction*). Le deuxième article traite de l'application territoriale de la loi (*norme de cadrage*) et le quatrième article abroge un article du Statut des Enfants et Adolescents qui prévoyait des peines pour la torture pratiquée contre les enfants et les adolescents (*norme de sanction*). Le troisième article, enfin, déclare que la loi entre en vigueur à la date de sa publication officielle. Je vais me concentrer sur la description et l'analyse du premier article, car c'est celui qui présente les éléments les plus importants pour ce travail.

Dans le premier article donc, on trouve le « cœur » de la loi, c'est-à-dire les *normes de comportement* (définitions du crime) et les *normes de sanction* (peines). En suivant l'ordre proposé par l'article même, je vais commencer par les définitions du crime. Le délit de torture est ainsi caractérisé lorsqu'on contraint quelqu'un en utilisant la violence et en causant de la souffrance physique ou mentale, pour trois motivations différentes : (i) pour obtenir des informations ou les aveux de la victime ou d'autrui; (ii) pour provoquer une action criminelle ou de l'empêcher de nature criminelle; (iii) à cause de discrimination de nature religieuse ou raciale.

Cette définition du crime est plus ou moins basée sur la *Convention des Nations Unies contre la torture* (1984), ratifiée par le Brésil en 1991[9]. La deuxième motivation (provoquer une action ou omission de nature criminelle) inscrite dans la loi brésilienne n'apparaît pas comme telle, cependant, dans le texte de la Convention. Cette dernière va se concentrer plutôt sur l'infliction de la souffrance pour l'obtention des aveux ou pour la punition/intimidation. La troisième motivation soulignée par la loi contre la torture (discrimination de nature religieuse ou raciale) apparaît dans la Convention d'une manière plus générique, car celle-ci va traiter de toute « forme de discrimination, quelle qu'elle soit » (voir note 9 en bas de page).

[9] L'article premier de la « Convention des Nations Unies contre la torture ou autre traitement cruel ou dégradant » affirme que : « Art. 1. Aux fins de la présente Convention, le terme « torture » désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrance aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou tout autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement des sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ».

Par ailleurs, pour ce qui est des peines, la Convention va tout simplement déterminer qu'il faut appliquer des peines (selon le droit criminel de chaque pays signataire), en prenant en considération la gravité du crime: « Tout État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité ». (Art. 4, 2). Quant aux modalités des peines et leurs *quanta*, la Convention de l'ONU reste, ainsi, silencieuse.

Il y a encore une autre manière de définir le crime dans la loi brésilienne contre la torture. D'après la loi (incise II), on considère également comme torture la soumission de quelqu'un qui est sous sa garde, en utilisant la violence, en causant une souffrance physique ou mentale intense, comme forme de châtiment ou comme mesure à caractère préventif. Les cas des «nounous» qui gardent les enfants et qui leur appliquent des châtiments exagérés sont encadrés dans cette définition du crime de torture. Ceci s'applique de la même manière quand il s'agit des détenus ou de ceux assujettis à des *mesures de sécurité*[10] (§1°). Ici, il est quand même évident que l'intention est d'atteindre les gardiens de prison qui infligent des châtiments violents aux prisonniers comme mesure de contrôle social, d'imposition de la discipline ou d'exemple pour les autres prisonniers.

La loi prévoit aussi le crime d'omission face à la torture, c'est-à-dire les situations où quelqu'un qui avait le devoir d'empêcher la torture ou d'enquêter sur la question, ne l'a pas fait. Ce crime est considéré comme moins grave que la torture elle-même et, par conséquent, les peines qui y sont attachées sont moins lourdes.

Je passe maintenant aux *normes de sanction* qui, dans le cas de la loi en question, apparaissent dispersées dans l'article 1°, après les incises I et II (les deux définitions de torture) et dans les §§1°, 2°, 3° et 4°. À chacune des deux modalités de torture correspond une peine, ainsi que pour le crime d'omission face à la torture et pour les tortures considérées comme « qualifiées par le résultat ». En droit pénal, lorsqu'on parle de crime « qualifié », c'est normalement pour désigner une aggravation du crime, et conséquemment des peines, en fonction de certaines conditions spécifiques de l'acte criminel ou des conséquences subies par la victime de action criminelle. Dans le cas de la torture, les conséquences « qualificatives » sont en fonction des conséquences subies par les victimes, lesquelles peuvent être: des lésions corporelles de nature grave ou très grave[11] ou la mort de la

[10] Les *mesures de sécurité* sont les conséquences légales pour ceux qui commettent des crimes, mais qui sont considérés non imputables. Les types de *mesures de sécurité* sont : I – internement dans un hôpital psychiatrique, II – traitement clinique (article 96 du Code criminel brésilien).
[11] Les lésions corporelles au Brésil sont répertoriées en lésions corporelles *simples*, lésions corporelles *graves* et lésions corporelles *gravissimes*. Cette distinction est basée sur l'article 129 du Code criminel qui définit les

victime. Quant à la durée des peines, la loi détermine que pour la torture « simple » (ou non qualifiée) les peines sont de 2 à 8 ans d'emprisonnement. Pour le crime d'omission face à la torture, les peines sont de 1 à 4 ans d'emprisonnement. Et finalement, pour la torture qualifiée, les peines sont de 4 à 10 ans si elle s'est traduite par des lésions corporelles et de 8 à 16 ans, si elle a entraîné la mort de la victime.

Toujours dans la catégorie *normes de sanctions*, la loi prévoit certaines conditions où la peine doit être augmentée. L'augmentation sera de 1/6 jusqu'à 1/3 si : (I) le crime est commis par un fonctionnaire public; (II) le crime est commis contre un enfant, un adolescent, une femme enceinte ou un handicapé et (III) le crime est commis à travers le crime d'enlèvement. Dans le cas où le juge est confronté à une ou plusieurs de ces trois conditions, il devra augmenter la peine préétablie (entre les limites de 2 à 8 ans de prison) soit pour une torture tenue pour « simple » soit pour une torture tenue pour « qualifiée » (entre 8 à 16 ans de prison).

Voyons une représentation des relations entre les types de torture (*normes de comportement*) et les peines (*normes de sanction*) présents dans la loi analysée:

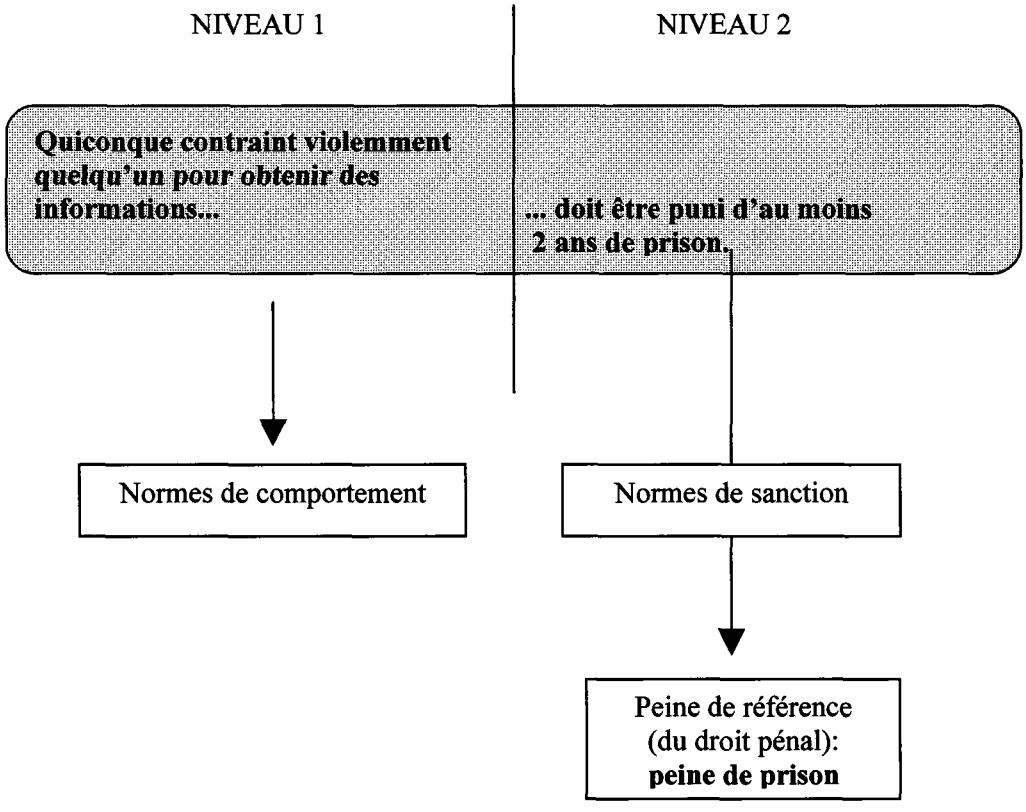
lésions graves comme celles qui (1) se traduisent par une incapacité de travailler durant 30 jours, (2) qui mettent la vie en danger, (3) qui conduisent à la débilité permanente d'un membre, (4) qui entraînent un accouchement prématuré. Les *lésions gravissimes* seraient alors celles qui se traduisent par (1) une incapacité permanente de travailler, (2) une maladie inguérissable, (3) la perte définitive d'un membre et (4) l'avortement. Les lésions simples sont celles qui ne sont pas prévues dans les situations décrites par la loi.

Tableau 3.2
Correspondance entre les comportements et les sanctions dans la loi 9 455/97

NORMES DE COMPORTEMENT **Crimes**	**NORMES DE SANCTION** **Peines**
Torture « simple »	Peine : 2 à 8 ans d'emprisonnement
Torture « qualifiée » par les lésions corporelles	Peine : 4 à 10 ans d'emprisonnement
Torture « qualifiée » par la mort	Peine : 8 à 16 ans d'emprisonnement
Torture commise par un fonctionnaire public	Augmentation de la peine : de 1/6 jusqu'à 1/3
Torture commise contre un enfant, adolescent, femme enceinte ou handicapé	Augmentation de la peine : de 1/6 jusqu'à 1/3
Torture commise à travers un enlèvement	Augmentation de la peine : de 1/6 jusqu'à 1/3

Cette correspondance stricte entre un comportement et une sanction nous révèle le type de « mise en forme de la norme pénale » (Pires, 2001a : 182), mentionné dans la section précédente, qui juxtapose deux niveaux distinctes de normes : les normes de comportement et les normes de sanction. Et le cas du crime de torture n'est pas différent. Si on reprend le schéma de la structure normative du droit pénal utilisée dans ce travail et on y applique l'exemple de la loi contre la torture, on peut arriver à une représentation (sans être fidèle au texte de la loi) du « couplage » des normes pénales comme celle-ci :

Figure 3.3
Le couplage des normes pénales



Source : A. Pires (2008a), modifié par moi.

En fait, cette façon de construire la loi pénale conduit à une telle confusion des deux types de normes qu'il devient difficile de les séparer et de les identifier comme des types différents. Cette structure va finir par créer une illusion quant à la nature de l'association entre crime et peine. On reste avec l'impression que les normes de comportement et de sanction sont de la même nature et qu'il n'est pas possible de les distinguer.

La communication d'un député transcrite ci-dessous illustre l'actualisation de cette tendance à ontologiser le rapport entre les deux types de norme. Pour lui, la mention du crime (par la Constitution) ne vaut rien, vu qu'il n'y a pas de peine correspondante. L'inexistence de la peine a

l'effet d' « annuler » le crime ou d'en faire une norme sans signification pénale pertinente, car ce dernier dépend de la peine pour effectivement « exister »:

> 11 | L'inexistence du crime institutionnalisait la torture. Il n'existe pas de crime sans punition. Il n'existe pas de crime sans châtiment.
> (Politicien – P2)

Divers discours savants, soit dans le droit, soit dans la sociologie, vont effectivement dogmatiser cette relation, comme Feuerbach (1801) qui formule le principe du *nullum crimen sine poena legali*, (« pas de crime sans peine ») et contribue à figer cette association. Ce principe fut expressément incorporé par la pensée pénale occidentale, ce qui se reflète dans les législations où crime et peine apparaissent nécessairement accouplés. Cet accouplement implique que si on enlève les peines, les crimes cessent d'exister. Pour la réflexion théorique, le résultat de cette perception est que la peine sert à *définir* le crime et à être à la base du système pénal (Pires, 2001a :183).

Cette rigidité de la structure normative du droit pénal est accompagné d'une perception de la peine, véhiculée par notre rationalité pénale, où seule la peine afflictive est vue comme étant capable de communiquer la valeur de la norme de comportement (plus la peine est sévère, plus le comportement est grave et plus le bien juridique affecté est valorisé) et le degré de réprobation en cas de non respect (Pires, 2001a : 182). Finalement, on reste non seulement face à une structure normative qui rend le crime et la peine inséparables, mais qui en plus considère exclusivement les peines afflictives comme valables. Conclusion : le crime (et par conséquent le système pénal) se relie ontologiquement à la peine afflictive, qui dans la législation brésilienne est essentiellement représentée par la prison.

On trouve cependant, dans le cas de la loi contre la torture, à côté des peines de prison, une sanction qui, bien qu'elle soit attachée directement au crime, n'est pas nécessairement afflictive comme la prison. Je l'ai classifiée comme *autres normes de sanction*, vu qu'il s'agit quand même d'une punition, même si non caractérisée comme telle par la loi ou par la doctrine juridique. Dans l'article premier, § 5, la loi détermine que la condamnation pour torture entraîne la perte du poste, si celui-ci est public, et l'interdiction de son exercice pour une période deux fois supérieure à celle correspondant à la peine d'emprisonnement imposée. La perte du poste a été considérée comme une « punition » par un article dans les médias.

12	Le groupe de travail sur les droits de la personne (...) a décidé hier de demander au président Itamar Franco qu'il renvoie le sous-directeur du Secrétariat des Affaires stratégiques et suspende le prix de l'Ordre du mérite des forces armées concédé au colonel x. (...) La demande est fondée sur des informations (...) indiquant que les deux sont accusés d'avoir pratiqué la torture à l'époque de la dictature. Accusés de torture peuvent être punis, 30/7/93, *Jornal do Brasil*, p.6.	Punition Perte du poste

Cependant, le point sur lequel j'aimerais jeter un regard est le fait que cette peine (non afflictive) n'est pas attribuée au crime comme *alternative à la prison* : elle est plutôt une conséquence « automatique » du prononcé d'une autre peine (de prison). Cette situation ambiguë suggère qu'on est ici face à un cas d'une peine *légale* (qui est prévue par une loi), mais qui n'est pas *judiciaire*, c'est-à-dire ce n'est pas une peine sur laquelle les tribunaux peuvent décider, parce qu'elle est automatiquement appliquée lors de la condamnation pour le crime de torture. Le législateur assume ainsi le pouvoir de déterminer définitivement la peine applicable.

Toujours dans cette catégorie *d'autres normes de sanction*, on trouve les limitations de quelques garanties juridiques. La loi va interdire la grâce et l'amnistie pour ceux qui ont été condamnés pour torture. J'ai inclus ces dispositifs dans la catégorie de *normes de sanction* vu qu'autant la grâce que l'amnistie vont agir sur le droit à la punition (*jus puniendi*) de l'État de sorte que la peine ne peut plus être appliquée aux condamnés. Le cas de l'amnistie est pourtant un phénomène plus complexe, dans le sens qu'au Brésil l'amnistie peut être concédée *durant le procès,* de sorte que dans une telle hypothèse l'accusé n'arriverait même pas à « entrer » dans le programme pénal. Alors, dans un tel cas, l'amnistie (ou l'interdiction de l'amnistie) est mieux classifiée comme *norme de cadrage*, car elle déterminerait l'exclusion du cas du programme pénal. Par ailleurs, quand il s'agit d'une concession d'amnistie *après la condamnation,* on parle alors d'une *norme de sanction* car l'objet du bénéfice est clairement la punition (ou la peine).

La dernière *norme de sanction* est celle qui porte sur la manière de purger la peine, en déterminant qu'elle soit initiée dans le régime *ferme*[12]. Cette disposition (article 1°, §7°) a causé une énorme discussion dû au fait que la torture est considérée comme un crime haineux par la

[12] Au Brésil, les peines privatives de liberté (prisons) seront exécutées selon un système de « changement de régime », c'est-à-dire qu'au fur et à mesure que le condamné purge sa peine, s'il a un bon comportement, il peut « changer de régime » et être transféré du régime *fermé* au régime *semi-ouvert* et, ensuite, du régime *semi-ouvert* au régime *ouvert*. D'après le code criminel brésilien, article 33, dans le régime *fermé* la peine est purgée dans des établissements de sécurité maximale ou moyenne. Dans le régime *semi-ouvert* la peine est purgée dans des colonies agricoles, industrielles ou similaires. Finalement, dans le régime *ouvert*, la peine est purgée dans des maisons de « albergado », institutions similaires aux « maisons de transition » au Québec. Les condamnés doivent se diriger dans ces institutions pour passer la nuit et les jours fériés.

Constitution fédérale (art.5°, XLIII) et, d'après la loi contre les crimes haineux (loi 8.072/90)[13], le droit à la transition de régime était, à ce moment-là, interdit aux condamnés pour ce type de crime (haineux). En effet, la loi contre les crimes haineux disait que : «La peine prévue pour des crimes mentionnés dans cet article [crimes haineux, torture, trafic de drogues et terrorisme] sera intégralement purgée en régime ferme ». Comme la loi contre la torture parle d'*initier* la peine en régime ferme, la première interprétation est dans le sens qu'il y aurait possibilité de changer de régime durant le parcours. Une partie de la doctrine va se manifester à cet égard en exprimant une certaine préoccupation avec le fait que la loi contre la torture aurait pu abroger ledit article de la loi contre les crimes haineux.

13	Bien, la loi 9455/97 est née pour encadrer seulement le crime de torture, de sorte qu'on ne peut pas élargir son contenu légal pour déconstruire l'article 2, § 1° de la loi contre les crimes haineux, laquelle loi traite du fait de purger une sentence en régime fermé, a une signification beaucoup plus vaste et touche des crimes complètement différents. (Baldin, Antonio (1998) La loi contre la torture a abrogé le changement de régime d'exécution des peines? *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 753, juillet 1998).	Ouverture pour le changement de régime

Aujourd'hui, cependant, cette discussion n'est plus pertinente puisque la loi contre les crimes haineux fut elle-même réformée en mars 2007 (loi 11.464/07). Selon la nouvelle rédaction, la transition de régime n'est plus interdite aux condamnés pour les crime haineux, la torture, le trafic de drogues ou le terrorisme, si bien que la loi prescrit maintenant, à l'instar de la loi contre la torture, que les peines doivent *commencer* à être purgées en régime fermé.

Enfin, on arrive au dernier aspect traité par la loi, une *norme de cadrage,* en l'occurrence l'application territoriale de la loi. La législation brésilienne est forcement appliquée dans les cas de crimes commis à l'intérieur du territoire national. Il s'agit du « principe de la territorialité » consacré par le droit pénal (art. 5° du Code Pénal). Cependant, la loi contre la torture innove à cet égard lorsqu'elle détermine que même quand le crime n'est pas commis sur le territoire brésilien, mais que la victime est brésilienne, la loi sera également appliquée.

[13] Comme je le disais dans la note 5, la loi contre les crimes haineux est une loi un peu particulière vu qu'elle ne criminalise pas des comportements, mais se réfère seulement à la peine: elle détermine que certains crimes comme l'homicide, le viol ou le vol suivi de la mort sont désormais considérés comme des crimes « haineux » et que pour ce type de crimes, il faut des règles plus sévères telle l'obligation de commencer à purger sa peine en régime ferme. La loi va aussi dire que les crimes dits « haineux » ainsi que le crime de torture et le trafic de drogues ne sont pas admissibles à l'obtention de certaines garanties juridiques tels le cautionnement et la grâce. Le fait de mentionner dans le texte de loi la torture et le trafic de drogues à côté des crimes haineux a eu comme conséquence qu'on leur a attribué l'étiquette de « crimes équivalents aux crimes haineux », c'est-à-dire des crimes dont la gravité des comportements est équivalente.

IIe PARTIE – LA CONTRUCTION DU SENS DU PROBLÈME DE LA CRIMINALISATION DE LA TORTURE

Dans cette partie, je vais travailler spécialement avec deux groupes de documents : des articles de journaux et des textes de la doctrine juridique portant sur la question de la création d'une loi concernant le problème de la torture. Néanmoins, je compte aussi utiliser de manière secondaire d'autres types de données, comme des extraits d'entretiens ou des citations des livres non-juridiques.

Un des points forts de cette partie de l'analyse est la possibilité d'observer le comportement de deux dimensions discursives (médias et doctrine juridique) à l'intérieur de deux cadres temporels bien définis: avant la création de la loi 9455/97, notamment entre les années 1980 et avril 1997, et après la promulgation de la loi, c'est à dire d'avril 1997 jusqu'à 2006. Ces ensembles de données me permettent d'observer, d'un côté, les types d'expectatives et de demandes par rapport à l'existence d'une loi contre la torture et, d'un autre, les réactions à la loi déjà promulguée.

Je vais faire d'abord quelques petites remarques sur le contenu de chacun de ces groupes. Dans le groupe de documents constitué d'articles des *médias*, j'ai inclus des articles qui sont écrits par des journalistes employés par le journal ou par la revue même, qu'ils soient ou non signés, et qui représentent la vision du journal sur le thème. Cette observation est liée à la préoccupation de pouvoir caractériser la perspective de départ de la communication, c'est-à-dire si elle appartient effectivement au système des *médias* (Luhmann, 1996) ou à un autre système social, notamment celui du droit ou de la politique.

Comme je l'ai déjà mentionné dans le premier chapitre, je vais considérer le système des médias comme un système autonome, qui se distingue des autres systèmes sociaux. Ainsi, pour appartenir à ce système, il faut que l'information (communication) ait été produite et traitée à l'intérieur du système même. Ainsi, si un politicien ou un juriste se lancent dans la rédaction d'articles en utilisant les marques distinctives (codes) des systèmes (politique ou juridique), on ne peut pas dire qu'il s'agisse d'une communication propre aux médias. Pour cette raison, à chaque fois que j'ai parcouru des articles écrits par un politicien, un juriste ou un militant des droits de la personne, je ne les ai pas classifiés comme des articles « médiatiques ».

Quant à la *doctrine juridique*, j'ai inclus dans le corpus empirique les textes écrits par des juristes, soit dans des livres de droit, soit dans des revues spécialisées. J'ai aussi considéré comme

communication juridique les articles publiés dans les médias (journaux) qui ont été signés par des juristes et qui traitaient de la question de la torture sous la perspective du droit (pénal).

3.5. Deux trames discursives sur la torture dans la société contemporaine

Pour quelques secteurs des sciences sociales, du droit ou même du point de vue de la morale, la torture est, à première vue, un thème sans controverse. Au plan normatif son interdiction assume un caractère de norme absolue, qui n'accepte pas d'exceptions ou de relativisations. La pratique de la torture est vue, dans quelques milieux « savants », comme une action tellement abjecte, inhumaine et non démocratique qu'elle ne pourrait même pas faire l'objet d'une discussion (académique) sérieuse dans le sens de défendre sa pratique. Sur le plan du droit international, l'interdiction de la torture est vue comme un acquis majeur (Babissagana, 2006).

Or, le fait est que la torture a toujours existé et continue à être infligée dans les pays qui se disent les plus démocratiques et les défenseurs les plus combatifs des droits de la personne (Lehalle, 2008). Et non seulement la torture existe-t-elle, mais elle est pratiquée de façon continue, organisée et (même si non assumée) comme élément des politiques gouvernementales de sécurité publique (j'y reviendrais) dans le cadre de la criminalité « ordinaire » (par opposition à des attentats terroristes, ou même à la criminalité de col blanc). Et ce fait n'empêche pas les pays qui l'adopte d'avoir un siège dans la Commission des droits de l'homme des Nations Unies (Jacques, 1994 : 84). Bref, loin d'être en voie de disparition, « l'actualité internationale nous montre que la torture est plutôt en voie de globalisation, jusque dans nos démocraties (tout au moins dans certaines d'entre elles) où l'on semble assister à la renaissance d'une véritable « culture de la torture », sous prétexte de la lutte contre le terrorisme » (Babissagana, 2006 : 12).

Comment expliquer alors que, dans un moment historique où les droits de la personne sont de plus en plus à la mode, où plusieurs pays occidentaux ont signé des traités internationaux pour répudier et interdire la torture et où les modèles de gouvernance autoritaire dans les pays occidentaux sont tombés en désuétude, au moins pour la plupart des nations, la torture continue à exister si fortement ? Ou dans les mots d'André Jacques, dans un document de l'ACAT (« Action des chrétiens pour l'abolition de la torture »), comment comprendre « qu'après tant d'années de lutte, tant de traités et de conventions signés et ratifiés, tant de commissions et de groupes de travail mis sur pied pour contrôler, tant de pétitions envoyées, comment justifier que la torture n'ait pas perdu de sa force et de sa violence? » (cité dans Babissagana, 2006 : 14).

La persistance de la torture comme instrument du pouvoir m'amène à questionner l'idée de l'existence d'un seul discours homogène ou d'une seule position s'affichant contre la torture dans les pays occidentaux, ainsi qu'au Brésil. Et effectivement, mes données empiriques confirment l'hypothèse de l'acceptation « discursive » de la torture, qui ne se limite pas à la pratique, aussi surprenant que cela puisse paraître. Bref, il ne s'agit pas exclusivement d'un problème ou d'une opposition entre norme (le « devoir être ») et pratique (« ce qui se passe dans le monde réel »), mais entre deux types de discours différents. Ainsi, en dépit de l'existence d'un discours ouvert et combatif contre la torture, on observe dans les mêmes sociétés (dites démocratiques et humanistes) un discours parallèle, peut-être moins explicite, en faveur de la torture dans certaines situations. Prenons l'exemple des États-Unis, où dans le contexte actuel de la lutte contre le terrorisme, le caractère absolu de la mobilisation contre la torture est explicitement ou implicitement remis en cause. Et ce, même si personne ne se prononce haut et fort en faveur de la torture dans toute son extension (Lehalle, 2008).

Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, Lehalle (2008) a recensé quelques exemples d'argumentations juridiques proposées par les avocats-conseils au président des États-Unis. Ces documents avaient pour objectif d'encadrer légalement les pratiques qui détournent l'interdit de la torture. Ils ont été réalisés pour « répondre au besoin de l'administration américaine d'établir un argumentaire légalement viable pour justifier des pratiques d'interrogatoire interdites par les conventions internationales et pour éviter les conséquences légales auxquelles elles sont rattachées » (Lehalle, 2008 : 15). On lit ainsi des justifications pour la non application du droit *d'habeas corpus* dans certains cas, pour la non application des traités internationaux lorsqu'il s'agit des détenus d'al Quaeda et des talibans ou même pour l'utilisation de certaines techniques d'interrogation (telles cagoules, nudité, phobies des prisonniers, menaces de mort, exposition au froid et à l'eau, etc.), considérées, par ces documents, comme n'étant pas des pratiques de « torture ».

Encore en référence aux États-Unis, mais dans le circuit des communications des médias, Babissagana (2006 :17) mentionne la phrase du commentateur Tucker Carlson[14] qui, à la chaîne CNN, a dit que : « la torture, ce n'est pas bien. Mais le terrorisme c'est pire. Aussi, dans ces circonstances, la torture est un moindre mal... ». On peut dire qu'il y a ainsi une légitimation discursive de la torture, qui touche plusieurs circuits de communications : médias, système juridique, système politique, etc.

[14] Ex-politicien américain du parti républicain.

Du point de vue des pratiques, la torture est perçue pour plusieurs personnes au Brésil comme une question actuelle et sérieuse, toujours présente dans plusieurs pays en dépit de l'adoption des traités internationaux:

14	Même en étant bannie formellement dans les plus importants documents juridiques de l'ordre international, la présence et la propagation de la pratique de la torture empêchent la civilisation contemporaine d'assurer pleinement la dignité de l'Homme, vu que la torture conserve et reproduit des traits caractéristiques des phases les plus abominables de la barbarie. Pour la fin de la torture, 6/4/84, *Folha de São Paulo.* (C'est moi qui souligne)	(Médias)

15	La pratique de la torture nous déshumanise. Elle nous rend plus petits, plus rudes. Primitifs et brutaux. Elle empêche que nous songions à une société meilleure, parce qu'elle détruit notre croyance la plus profonde dans la bonté intrinsèque de la nature humaine (...) La torture est ici et elle est pratiquée régulièrement dans plus de 90 pays. Konder, Rodolfo, Le lézard vit encore 12/11/99, *Jornal do Brasil*, p.9. (C'est moi qui souligne)	(Médias)

Néanmoins, la pratique de la torture au Brésil est, différemment des États-Unis, actuellement identifiée surtout à la brutalité policière contre les criminels « communs » (non terroristes). Les taux croissants de la criminalité sont en grande partie perçus comme un problème qui doit être combattu à n'importe quel prix ce qui légitime ainsi, à la limite, toutes sortes d'actions destinées à diminuer le crime[15]. La demande de punition des actes arbitraires perpétrés par la police est ainsi diluée et, en même temps, le mouvement pour la défense des droits de la personne, en ce qui concerne les criminels, est fréquemment vu comme un mouvement pour la « protection des bandits ». Un juge, au Brésil, en acquittant des policiers accusés de torture a écrit « These so called human rights exist only to protect criminals from the law, when in truth they should exist to protect the honest citizen from the actions of crooks » (Human Rights Watch, 1997: 2).

Les recherches d'opinion vont montrer que la brutalité policière, lorsqu'elle est exercée contre les « bandits », notamment ceux appartenant aux classes sociales moins aisées, est en effet

[15] Depuis les années 1980, le Brésil présente des taux croissants de criminalité. Le taux de l'homicide, par exemple, est monté de 11,7 par 100 mille habitants en 1980 à 26,2 en 1999. La violence est devenue la principale cause de mortalité selon les données du ministère de la Santé (Costa, 2004 : 120). Cette tendance ne signifie pas que la perception de la violence par le public correspond exactement à la violence effectivement pratiquée ou vécue, mais tout simplement qu'il y a eu une augmentation concrète de certains crimes durant cette période.

largement acceptée. Costa (2004), par exemple, mentionne une recherche menée à la ville de Rio de Janeiro, dont les résultats indiquent qu'une partie significative de la population trouve que la solution à la violence urbaine réside dans l'action énergique de la police. Spécifiquement en ce qui concerne la torture, cette enquête réalisée en 1997 a constaté qu'à peu près 44% de la population acceptent la pratique de la torture dans les postes de police, en vue d'obtenir des aveux.

Tableau 3.3
Recherche sur l'utilisation de moyens violents

L'utilisation de moyens violents pour la confession de détenus	**%**
C'est toujours justifié	4,1
C'est justifié dans certains cas	40,1
Ce n'est jamais justifié	52,1
Il ne sait pas/ il n'a pas répondu	3,4
Total	100,0

Source: Cpdoc/FGV et Iser, 1997 (Cité dans Costa, 2004)

Récemment, la sortie du film brésilien « Tropa de Elite » (*Elite Squad*), en octobre 2007, a ramené en partie ce vieux débat sur la torture et la violence pratiquées quotidiennement par des policiers. Le personnage central du film, le « capitaine Nascimento », un commandant du bataillon d'opérations spéciales de la Police militaire de l'État du Rio de Janeiro (ou « BOPE »), joue le rôle d'un policier incorruptible, très sérieux dans son métier et en même temps très dur contre les « bandits » : or, il a été, acclamé à plusieurs occasions comme un « héros national » par les spectateurs du film[16].

La réaction positive à l'égard d'une figure très violente, pratiquant la torture et tuant des gens comme s'il s'agissait de méthodes normales d'investigation ou de « combat du crime », notamment dans les favelas de Rio de Janeiro, ne peut être comprise que dans une population qui, au moins en partie, soutient ce type de pratique. Et apparemment, ce soutien ne vient pas uniquement de l'élite brésilienne, mais aussi des couches moins aisées (Voir entrevue avec Rodrigo Pimentel, dans le journal *O Povo*, 10/12/2007, pages bleues). Il me semble alors qu'on ne peut pas dire qu'il y aurait un critère de stratification sociale pour un tel soutien.

[16] Dans les médias brésiliens, il y a plusieurs références à ce phénomène. Consulter, par exemple, Entrevista Rodrigo Pimentel. Um crítico na tropa. Jornal *O Povo*, 10/12/2007, páginas azuis, ou encore, O novo herói nacional, *CartaCapital*, 5/10/2007, edição 465.

Le film est basé sur un livre qui se dit être une semi-fiction, « Elite da tropa » (*Squad's elite*), dont un des auteurs a été justement capitaine du bataillon d'opérations spéciales (BOPE) qui a inspiré le personnage central du film. Dans ce livre, dont l'objectif était de rendre publique ainsi que de dénoncer la violence policière et la manière de travailler de la police à Rio de Janeiro, on trouve des passages sur des événements relatant la routine de quelques policiers appartenant audit bataillon et quelques réflexions rapides sur leurs attitudes, comme celle de la torture pratiquée contre les « bandits ». Dans un passage marquant, on trouve une brève réflexion sur la question de la torture émise par un des narrateurs, à l'époque où il était un policier du BOPE. Il faut néanmoins souligner qu'aujourd'hui ce même policier est devenu très critique à l'égard de ce type de comportement.

16 | Le sujet est la violence. C'est-à-dire, la violence que nous commettons. Quelques-uns l'appellent torture. Moi, je n'aime pas ce mot, parce qu'il sous-entend une connotation diabolique. Je pense qu'il y a des cas et des cas, et qu'on ne peut pas qualifier de « torture » toutes les tortures, dans l'acception plus commune du concept. Comprends-tu ? Non? En effet, la chose est très compliquée. Moi-même, je ne sais pas si j'ai bien compris. Ce que je veux dire est que je ne suis pas embarrassé de ne pas m'embarrasser du fait d'avoir battu des bandits, je n'ai tué que des criminels. Ceci, je peux sûrement l'affirmer. Je sens mon âme tranquille et ma conscience légère, parce que je n'ai exécuté que des bandits. Et pour moi, un bandit est un bandit, soit-il un garçon ou un homme adulte. Un criminel est un criminel.
Soares, Batista et Pimentel, 2006 :35-36.

Torture et torture

Dans cet extrait du livre on trouve une prise de position face à la torture : qu'elle vienne d'un narrateur fictif ou d'un policier réel, elle trouve un support considérable auprès de quelques segments de la population du Brésil. Les mêmes segments d'ailleurs qui ont applaudi le film « Tropa de Elite » à la fin des projections au cinéma (pas nécessairement parce que le film était « artistiquement » bon) ou qui ont applaudi les voitures du BOPE, dans les rues de Rio de Janeiro, lorsqu'elles sortaient des favelas, après une des ses « opérations ».

Ces exemples illustrent le fait que, du point de vue sociologique, il y aurait deux discours structurés par rapport à la torture: un qui la refuse complètement et un autre qui accepte la torture dans certaines situations où elle est vue comme nécessaire et ce, sans causer un problème moral à celui qui reproduit un tel discours. Ces deux trames discursives coexistent et se confrontent, sans nécessairement reconnaître ou accepter l'existence de l'autre. Rappelons que je ne parle pas ici de la reconnaissance d'un discours marginal favorable à la torture, mais de l'existence d'un discours

structuré qui la soutient et qui donc est beaucoup plus large que l'ensemble des points de vue de certains policiers « déviants » sur le sujet.

Ceci est un exemple d'une « communication différentielle » par rapport à la loi criminelle, concept suggéré par Sutherland (Debuyst, Digneffe et Pires, 2008). Selon Sutherland, on trouve dans la société contemporaine un ensemble de communications et de définitions des situations qui sont favorables ou défavorables à certains crimes. Ces communications circulent dans la société indépendamment des individus (des systèmes psychiques). Ainsi, chaque système psychique va sélectionner quelques communications et s'y associer. Les communications sélectionnées peuvent être contre ou en faveur du crime. La transmission (et l'apprentissage) des communications différentielles *favorables* au crime dépend de plusieurs circonstances, que je ne vais pas énumérer ici. L'importance de la théorie de Sutherland (revisitée par Debuyst, Digneffe et Pires) pour ce travail est l'observation que l'individu est capable d'apprendre et de valider pour lui-même les communications favorables au crime, ainsi que les raisons ou les « motifs » pour adopter une telle communication.

Le cas du crime de torture offre un exemple empirique et relativement clair de communications différentielles sur la législation pénale, où chacun va sélectionner (ou s'associer à) des communications sur la torture qui lui semblent plus adéquates en général ou en fonction d'une situation déterminée, de sorte qu'on finit par avoir une dissonance ou une cacophonie significative par rapport à la légitimation de la torture. Comme on peut le voir, même le crime de torture semble créer une sorte de sélection éparpillée des communications favorables et non favorables.

3.6 L'identification du problème et les formulations des explications

Sur le plan du discours qui la délégitime, la torture est vue comme un *problème* qui doit être combattu. On trouve cette perception dans plusieurs « circuits de communication » de la société brésilienne, y compris les médias, la doctrine juridique et les mouvements pour la défense des droits de la personne. Or, on y trouve des représentations variées de ce même problème et de ses causes. Je vais présenter quelques-unes de ces représentations sans prétendre en endosser aucune.

Par exemple, pour plusieurs observateurs, notamment les militants des droits de la personne, le diagnostic formulé pour expliquer la continuité des pratiques violentes des policiers passe très souvent par le problème de l'impunité dont ils jouissent, un problème dont le fonctionnement précaire du judiciaire serait le principal facteur: « Therefore, persistence of the abuses is dependent on

systems of impunity. These are multifarious, they occur at every level of the system of criminal justice, and they partly reflect the fact that people often do not want the police to be punished for violating the rights of suspects (Chevigny, 1999: 57). Dans le même sens, Pinheiro (1999 : 2-3) va dire que: "The state in much of the Latin America has shown itself unable – or more likely – unwilling – to eradicate the impunity for crimes committed by its agents to the same extent that it attempts to punish crimes committed by petty and common criminals (...) The democratic state, in most cases, is no longer directly responsible for committing these abuses. Its responsibility lies in its failure to control the arbitrary practices of its own agents or to fight impunity, a failure which is a consequence of the precarious functioning of the judiciary"[17].

Ce type de diagnostic, très fréquent dans la littérature (sociologique) qui aborde le problème de la violence de la police et de la torture, est hautement sélectif par rapport aux causes. D'ailleurs, dans les discours sur le thème de la violence au Brésil, l'identification de la cause principale du problème, en général, « oscille entre deux pôles justificatifs: la fin de la chaîne causale conduirait, d'un côté, à la question de l'impunité des criminels par les systèmes policiers et judiciaires, et, de l'autre, à la pauvreté, à l'inégalité, etc. » (Misse, 1998). De plus, ces analyses attribuent normalement un poids énorme à la punition criminelle de ces actes, comme si le droit (le droit pénal en particulier) avait une capacité presque absolue de rendre compte d'une telle situation.

Parmi les militants interviewés dans le cadre de cette recherche, il y a un extrait où on voit très clairement l'importance donnée à la discussion et à la réflexion sur la question de l'impunité. Ici, le militant va dire que le problème de l'impunité est tellement sérieux au Brésil que d'autres questions, comme celle sur les peines, restent en deuxième plan.

17	Ce qu'on discute c'est plutôt la question de l'impunité, parce que je pense qu'une telle question est tellement absurde dans ce pays qu'on n'est même pas capable de passer à l'autre aspect, qui est celui de la peine. Si on ne réussit même pas à responsabiliser ceux qui ont commis des crimes, on ne peut pas passer à un autre point qui est celui de la peine. (...) Dans le cas du crime de torture, l'impunité est tellement absurde qu'on ne réussit pas à passer à la discussion suivante. (Militant – M4)	L'impunité est plus importante

Il y a encore un autre argument où les pratiques de torture seraient dans un certain sens encouragées par la forme d'organisation du pouvoir judiciaire lui-même. D'après certains

[17] Dans le même sens, voir Mendez (1999), Human Rights Watch (1997).

intellectuels et des militants des droits de la personne, au Brésil, comme dans d'autres pays de l'Amérique latine, les enquêtes judiciaires compteraient trop sur les dossiers écrits et, pour ce qui est des preuves, elles mettraient beaucoup l'accent sur les aveux et sur d'autres déclarations des suspects (Rodley, 1999 : 30). La torture deviendrait ainsi une façon efficace d'obtenir une des preuves les plus fatales du processus d'investigation criminelle.

De plus, parmi les explications sur l'existence de la torture dans le Brésil contemporain, on trouve un type de lecture des faits qui a tendance à attribuer l'origine de la torture actuelle, celle pratiquée par la police contre les criminels communs, à la période de la dictature militaire (où la torture, pour des raisons politiques, a occupé le centre de l'attention). On lit, surtout dans les médias ou dans les manifestations de militants des droits de la personne, un positionnement critique quant à l'actuel État démocratique et à son incapacité de rendre compte du problème, comme si l'avènement du régime démocratique aurait dû signifier la fin de ce type de violation des droits de la personne. Voyons les deux passages suivants, le premier émanant des médias et le deuxième, d'un militant des droits de la personne :

18	Une démocratie, pour se mériter le respect international, ne peut pas ignorer la violation des droits de la personne relativement aux détenus, car l'État est responsable non seulement de la vie et de la garde des citoyens qui doivent répondre à la loi, mais aussi du respect de la dignité humaine. Non à la torture, 31/3/01, *Jornal do Brasil*, p. 10.	(Média)
19	Les élites se foutent de la torture pour la simple raison que, en démocratie, ils sont à l'abri des tortionnaires. Mais les élections libres et raisonnablement transparentes, l'alternance de pouvoir, la liberté d'expression et un pouvoir législatif actif ne peuvent pas coexister en démocratie avec la dissimulation de la torture. Pinheiro, Paulo Sérgio, Torture: l'omission des élites, 30/10/00, *Folha de São Paulo*, p. A-3.	(Militant)

Pour élucider davantage ces trames discursives sur la torture au Brésil, je vais ouvrir ici deux parenthèses sur le contexte historique et social du Brésil. La première me permettra d'introduire le thème de la dictature militaire au Brésil et de montrer son lien avec le problème de la torture (politique). Dans la seconde parenthèse, mon intention est de mieux situer le lecteur face au problème de la violence policière au pays, violence qui perdure depuis longtemps (bien avant l'avènement de la dictature), de façon à lui donner plus d'éléments concrets pour comprendre la construction du problème de la torture par les divers circuits de communication.

3.6.1 La dictature militaire et la torture politique

Le Brésil vécut 21 ans de dictature militaire (1964-1985) marquée donc par une intense violation des droits, y compris des droits de la personne. Disparitions, assassinats, tortures furent des pratiques courantes du régime, surtout contre ceux qui s'opposaient au modèle de gouvernance autoritaire. Selon les statistiques rendues disponibles par le régime militaire lui-même, en 1979 (donc après la phase la plus violente de la dictature), on enregistrait des chiffres de presque 10 000 exilés politiques, 4 682 politiciens ayant perdu leurs mandats, une liste de morts totalisant 300 personnes et des milliers de citoyens qui étaient passés par les prisons politiques (Brasil: Nunca Mais, 1985 : 68).

En avril 1964, dans un contexte marqué par une inflation croissante[18], par la montée des mouvements de gauche, des luttes populaires, par l'accélération des réformes structurelles du pays (connues comme la « réforme de base ») mises en oeuvre par le président João Goulart, et par la menée d'une intense propagande anti-communiste, un groupe de militaires préparent un coup d'état qui réussit en ne rencontrant qu'une faible résistance. Appuyés par une partie considérable de la classe moyenne et de l'élite à la droite[19], par des secteurs importants de travailleurs ruraux et urbains, ainsi que par une partie importante de l'Église catholique, les militaires écartèrent, le 1er avril 1964, le président identifié par certains à la gauche populiste et ils initièrent un nouveau régime politique basé sur la répression à toutes sortes d'opposition politique :

20 | Tous les jours, depuis le 1er avril, le public et les autorités prennent connaissance de détails chaque fois plus précis et plus abondants des attentats contre le corps et l'esprit des prisonniers tant innocents que coupables. Néanmoins, depuis le 1er avril, le silence sur ces crimes pèse lourd. Il n'y a aucune note, aucune protestation officielle des dénonciations. Ce silence et la fréquence avec laquelle on prend connaissance des tortures provoquent une réaction encore plus sinistre: on vérifie la tendance à tomber dans une insensibilité graduelle, épuisant la capacité de ressentir l'horreur et la révolte.
Article publié dans le *Correio da Manhã*, au 8 juillet 1964, cité dans Gaspari, 2002a: 143.

À partir de 1964, le projet de réformes nationales du président João Goulart, donna lieu à un modèle complètement opposé de « modernisation » du pays, plus concerné par le renforcement des relations internationales, sans pourtant prioriser les réformes structurelles internes, notamment celles

[18] En 1962, l'inflation était de 50% et en 1963 de 75%. Pour l'année 1964, les prévisions pour l'inflation à partir des premiers mois projetaient un taux annuel de 140%, le plus grand du siècle (Gaspari, 2002a : 48).
[19] Pensons à la manifestation qui a eu lieu à São Paulo, le 13 mars, sous le nom de « Marche de la Famille avec Dieu pour la liberté », qui a réuni près de 200 000 personnes (Gaspari, 2002a : 49).

reliées à la redistribution de la richesse. Pour pouvoir imposer son modèle socio-économique, la dictature essaya au début de simuler une ambiance démocratique, qui toutefois disparut très vite. Les militaires avaient promis que la normalité démocratique reviendrait au plus tard en 1966, à la fin du mandat du président déposé. Finalement, au lieu de retourner le pouvoir politique aux civils, les militaires décidèrent de rester au pouvoir et d'utiliser la répression politique pour garantir leur position. Les motifs mis de l'avant par les militaires pour justifier leur prise du pouvoir étaient de garantir la fin de la menace « gauchiste », de rétablir l'ordre ainsi que de contrôler la crise économique.

Durant la période du régime militaire furent abolis plusieurs droits civils et politiques, telles les élections au suffrage direct pour la présidence et pour les gouverneurs des États. Au fur et à mesure que se prolongea la dictature, le régime devint de plus en plus arbitraire et violent pour, au milieu des années 1970, commencer à montrer quelques signes d'ouverture politique et un respect minimal des droits des citoyens. Cinq militaires furent nommés Présidents, si bien qu'on considère historiquement que la période pendant laquelle le général Médici se trouva au pouvoir (1969-1974), - l'expression « les années de plomb » qualifie cette période -, fut la plus radicale. Pendant ces années, le pays connut son plus grand nombre de tortures, de morts et de condamnations reliées à des procès politiques (Brasil : Nunca Mais, 1985 : 63). Les deux décennies de dictature militaire furent ponctuées d'avancées et de reculs en ce qui a trait à la rationalité avec laquelle furent traitées les questions politiques. Au fil de ces années, le thermomètre le plus précis de la situation du pays et du régime dictatorial fut la mesure de la pratique de la torture par l'État (Gaspari, 2002a :129).

Peu après le coup d'État, les militaires, sous le commandement du Président Castello Branco, décrétèrent l'« Acte Institutionnel n. 1 » (AI -1). Cet « Acte » qui devait être le seul à être décrété, fut le premier d'une longue liste. Le gouvernement se servit de cet Acte pour destituer plus de 300 politiciens, renvoyer à peu près 10 000 fonctionnaires publics et déclencher plus de 5 000 enquêtes (Brasil : Nunca Mais, 1985 : 61). En 1965, avec l' « Acte Institutionnel n. 2 » (AI-2), on suspendit la Constitution en vigueur et, ainsi, les élections présidentielles se firent au suffrage indirect, l'Exécutif – donc, les militaires – obtint la permission de fermer le Parlement quand il lui semblait nécessaire et on élimina tous les partis politiques, à l'exception de deux : le parti du gouvernement (ARENA[20]) et le parti de l'« opposition », qui était contrôlé par les gouverneurs (MDB[21]).

[20] "Alliance Rénovatrice National" (Aliança Renovadora Nacional).
[21] "Mouvement Démocratique Brésilien" (Movimento Democrático Brasileiro).

Peu à peu, en dépit des institutions politiques non favorables, le mouvement d'opposition au régime reprit ses forces, sous la forme de manifestations de rue, de protestations d'étudiants, de grèves d'ouvriers, etc. En réaction, Costa e Silva, le général alors au pouvoir, décréta en décembre 1968 l'« Acte Institutionnel n. 5 » (AI-5), par lequel il ferma le Parlement pour une durée indéterminée, ainsi que plusieurs Assemblés législatives et Chambres municipales. En outre, 69 parlementaires furent destitués. Le résultat de cet ensemble de mesures de répression fut la paralysie totale du mouvement de dénonciation du régime, de sorte que toute forme de manifestation de l'opposition s'exerça dorénavant dans la clandestinité.

En octobre 1969, le général Emilio Médici fut nommé président: s'ouvrit alors la période la plus critique pour ce qui est de la suppression des libertés civiles et de la répression. On créa une structure regroupant les organes de sécurité, dotée d'un pouvoir autonome et qui transforma la torture et l'assassinat en gestes routiniers, même si officiellement non assumés[22], dans la dynamique de persécutions et d'enquêtes politiques. D'après les leaders militaires les plus importants, la torture n'existait pas ou, si elle avait lieu, ce n'était qu'à de rares occasions[23]. Même une partie de l'Église catholique, qui avait au début appuyé le coup d'État, commença à avoir des relations de plus en plus difficiles avec le gouvernement et à devenir de plus en plus victime des actions de répression[24]. L'action policière de la dictature, qui niait officiellement l'usage de la torture, mais qui l'utilisait à volonté, était alors quotidiennement justifiée comme la réponse adéquate et nécessaire à la menace terroriste, représentée par les communistes (Gaspari, 2002b: 17).

Simultanément aux « années de plomb », le Brésil connut le « miracle brésilien », marqué entre autres par la Coupe du Monde de 1970, l'arrivée de la télévision en couleur et, surtout, les taux surprenants de croissance économique combinés avec une politique de plein emploi[25] (Gaspari,

[22] Le général Ernesto Geisel, qui est resté à la Présidence du Brésil entre 1974 et 1979, est reconnu jusqu'à aujourd'hui comme le seul général à défendre l'usage de la torture, dans une entrevue réalisée après la fin de la dictature (Gaspari, 2002a : 37).

[23] Il existe des documents de l'époque de la dictature où on trouve des manifestations contraires à la pratique de la torture, émises par le général Médici. Il arrive même à « prohiber » une telle pratique (Cf. Serbin, 2001 : 320). Néanmoins, il est devenu clair que ce type d'ordre a été ignoré par les responsables pour garantir la « stabilité» du régime.

[24] D'après des estimations partielles faites par l'Église catholique elle-même, entre 1968 et 1978 plus d'une centaine de prêtres furent incarcérés, sept furent tués, sans compter les nombreux cas de torture. La répression atteignit jusqu'aux évêques qui souffrirent de conséquences diverses (Serbin, 2001 : 109). Un exemple marquant d'un telle politique envers les membres de l'Église considérés comme « progressistes » fut l'emprisonnement de frère Betto, un religieux assez connu au Brésil, et qui dura plusieurs années.

[25] Il s'agit d'une politique de développement accélérée centrée sur la création d'emplois, à partir d'investissements publics et privés. Un « régime de plein emploi » n'a rien à voir avec la description d'une

2002b : 13). Les deux phénomènes coexistèrent sans, toutefois, admettre explicitement l'existence de l'autre; comme si la reconnaissance de l'un pouvait masquer, nier, ou encore justifier l'existence de l'autre.

Si le pays connut une phase d'apparente prospérité économique – aussi connue sous l'appellation de « miracle économique » – entre la fin des années 1960 et le début des années 1970, à partir de 1974, par contre, l'économie commença à donner des signes de faiblesse et l'inflation, à monter considérablement. Le scénario du déclin économique conjugué à l'aggravation de la répression généra un climat de mécontentement de la population. En voulant contourner une crise de légitimité émergeante, les militaires choisirent le général Ernesto Geisel pour être aux commandes de ce qui allait être la dernière phase du régime, caractérisée par la « distension lente, graduée et sécuritaire » vers la re-démocratisation. Cette période a été aussi marquée par la répression, tempérée néanmoins par des mesures d'ouverture politique. Les partis se réanimèrent un peu et le parti de l'opposition, le MDB, occupa de plus en plus de place dans la vie politique.

Cependant, cette attitude d'adoucissement graduel de la répression ne faisait pas l'objet d'un consensus parmi les divers secteurs de l'armée. Cela ressortit clairement lors de la torture et de l'assassinat, dans les dépendances du DOI-CODI[26], de deux personnes qui entrèrent dans l'histoire de la dictature comme des symboles de la violence et du despotisme : le journaliste Wladimir Herzog et le métallurgiste Manoel Fiel Filho. Ces morts entraînèrent une vague de manifestations des médias internationaux en faveur des droits de l'Homme en Amérique latine. Pour démontrer que le gouvernement n'appuyait plus ce type d'attitude, le général Geisel destitua le commandant de l'armée.

En dépit de la dissension interne entourant la fin du régime autoritaire, à partir de 1977 il n'y eut plus de preuves officielles d'assassinats durant les interrogatoires, bien que la torture continuât encore d'être présente (Brasil : Nunca Mais, 1985 : 66). Par contre, en réaction au discours officiel d'ouverture graduelle et de l'adoucissement de la répression, commença alors à apparaître, plus au moins à la même époque et en parallèle aux décisions du gouvernement la pratique de quelques actions violentes par l'armée ou par des sympathisants du régime militaire. On parlera du « bras clandestin de la répression ». Le type d'attaque le plus commun prit la forme d'explosion de bombes

situation concrète d'absence totale de chômage, mais il s'agit plutôt d'une stratégie politique concernant la maximisation de la capacité de création d'emplois.

[26] Sigle qui indique le Département d'informations politiques du régime militaire.

dans des endroits publics, comme des bars, des sièges sociaux de journaux, des universités, des banques, etc.

En 1979, le général Figueiredo prit la tète du gouvernement du pays, dans un contexte où la crise économique était aggravée et les pressions démocratiques toujours plus vives. Les prisons politiques commencèrent à se vider, les exilés rentrèrent peu à peu au pays et la lutte pour l'amnistie s'amplifia, culminant avec la promulgation de la loi de l'amnistie, qui se caractérisa par son étendue, s'appliquant autant aux militaires qu'à ceux qui s'opposaient au régime. Le régime militaire persista officiellement jusqu'à 1985, année où se tinrent des élections (parlementaires) au suffrage indirect pour choisir un premier président civil après deux décennies.

3.6.2 La violence policière et la torture de criminels « ordinaires »

S'il est vrai que la violence *politique* a beaucoup diminué avec l'avènement de la démocratie, un autre type de violence, non politique, a résisté aux nouveaux vents démocratiques (Mendez, 1999 : 19) et est restée présente comme avant et durant la dictature. Les abus contre les droits de la personne continuèrent à être perpétrés quotidiennement par les agents de l'État, mais désormais contre une autre cible: les criminels « communs » (par opposition aux criminels dits « de col blanc »). Appartenant majoritairement aux couches les plus pauvres de la population, les criminels communs redeviennent les victimes les plus fréquentes des tortures et d'autres violences pratiquées par l'État.

À titre d'illustration de l'utilisation disproportionnelle, voire arbitraire de la force policière, on peut indiquer le haut nombre d'homicides perpétrés par la police militaire[27]. En 1992, ce chiffre atteignit une pointe de 1470 citoyens tués dans l'État de São Paulo, le plus riche du pays. Ce chiffre correspondait au tiers du total d'homicides qui eurent lieu dans cet État et était 61 fois plus élevé que le nombre de morts – 24 – par la police de New York au cours de la même année (Human Rights Watch, 1997: 13). Cependant, même avant 1992, le nombre de morts causées par la police militaire était déjà considéré très élevé.

[27] L'institution de la police au Brésil est essentiellement divisée en deux grands groupes : la *police civile*, qui remplit les fonctions de police judiciaire, responsable de l'investigation criminelle, et la *police militaire*, responsable de la surveillance et de la préservation de l'ordre public.

Tableau 3.4
Morts causées par l'action de la police militaire dans l'État de São Paulo

1989	532
1990	585
1991	1074
1992	1470

Source : Human Rights Watch, 1997, données officielles de la police militaire.

Des données sur les conflits armés indiquent un rapport encore plus dramatique quand il s'agit de la violence envers des couches moins aisées. En 1990, dans la ville de São Paulo, la proportion était de 28 citoyens morts dans les conflits armés avec la police pour chaque policier tué. Si on se dirige vers les banlieues de São Paulo, connues pour leur pauvreté, la proportion monte à 40 pour 1 (40 citoyens morts pour chaque policier tué) (Costa, 2004).

Peu après octobre 1992, quand eut lieu une tuerie dans la Maison de détention du Carandiru à São Paulo (111 prisonniers tués par la police après une émeute) – un fait que répandirent les médias en faisant de la violence policière presque un symbole national et international –, les taux d'homicides commis par la police militaire commencèrent à tomber de manière substantielle. En 1996, le nombre de morts causées par la police (militaire) dans la ville de São Paulo était de 106, alors qu'il avait été de 1190 en 1992 (Human Rights Watch, 1997 : 51). Même si cette tendance est vue comme positive, plusieurs sources indiquent que la violence policière persiste encore de façon préoccupante dans la ville et dans l'État de São Paulo et n'est pas du tout une question résolue.

Si dans l'État de São Paulo les chiffres commencèrent à tomber après 1992, dans l'État de Rio de Janeiro la situation fut l'inverse. Durant la période entre janvier 1995 et février 1996, on a constaté la mort, commise par la police, de 201 citoyens dans la ville de Rio de Janeiro. À partir de mai 1995, lorsque le Général Nilton Cerqueira fut nommé Secrétaire de la Sécurité publique de l'État de Rio de Janeiro, le nombre de morts causées par la police (civile et militaire) passa de 3.2 jusqu'à 20.5 morts par mois (Human Rights Watch, 1997 :15). Outre l'homicide, la disparition de suspects de crimes ordinaires se poursuivit, même après la fin de la dictature militaire. Il n'existe pas de chiffres précis du nombre de suspects qui disparurent à cause des actions de la police, mais à titre indicatif, durant les années 1990, à peu près 30% des victimes d'homicides ne furent pas identifiées. On croit qu'un bon nombre de ces victimes étaient en situation conflictuelle avec la police (Human Rights Watch, 1997: 45).

La violence policière contre le criminel « commun » (non politique, ni celui « de col blanc »), semble ainsi être une posture enracinée de l'activité policière, dans les deux branches de la police au niveau de l'État (militaire et civile) ainsi que dans la police fédérale, bien que cette dernière compte sur de meilleurs indicateurs quand il s'agit du respect des droits de la personne (Human Rights Watch, 1997: 29). Même avant et durant la période de la dictature militaire[28], le phénomène est présent mais c'est surtout après la fin de la répression politique qu'il gagne en visibilité et est caractérisé comme un problème important auquel il faut faire face. C'est à ce moment aussi que, de manière plus organisée, il commence à être l'objet de manifestations par les secteurs dits humanitaires de la société.

En dépit de cette nouvelle « ouverture » au thème, la question de la violence policière, y compris la torture, semble être un problème qui n'est pas du tout résolu. La lutte contre la criminalité est toujours soulevée comme une justification pour l'utilisation de moyens violents contre les suspects, vu que la police dispose de peu de ressources d'enquête. On ne peut pas oublier, toutefois, qu'outre l'obtention d'informations, la torture est aussi couramment pratiquée comme un élément du système d'extorsion financière. Bref, la torture continue à être utilisée de façon systématique par la police, partout dans le pays, durant toutes les phases de la détention : l'arrestation, l'emprisonnement préliminaire, les détentions provisoires et aussi dans les prisons et les institutions pour les jeunes. Dans ces cas, la cible de la torture est clairement les « criminels communs », c'est-à-dire du droit pénal « commun » dans les situations les plus ordinaires, ce qui comprend grosso modo les pauvres, les noirs et ceux qui ont commis des crimes moins graves (Commission on Human Rights, UN, 2001 : 54).

3.6.3 Démocratie et torture

En dépit du fait que la torture existait bel et bien avant la dictature, j'observe une certaine tendance à oublier ou à ignorer cet aspect du problème. La violence policière qui a lieu dans le Brésil contemporain est vue par certains comme un des grands problèmes de la non consolidation de la démocratie au Brésil, c'est-à-dire comme s'il s'agissait d'un problème qui surgit ou qui devient important à partir de la fin de la dictature :

[28]Pour la période avant la dictature de 1964, pensons, par exemple, à Filinto Muller, connu historiquement pour avoir ordonné la torture des opposants au régime durant la présidence de Getúlio Vargas 1930-1945 [à cet égard, voir Jorge (1993)]. Pour d'autres références sur la question de la torture et des abus commis par la police brésilienne durant les XIXe et XXe siècles, voir Cancelli (1994), Holloway (1993), Caldeira (2000) et Misse (1999).

21 | L'État démocratique n'est plus directement responsable de ces abus dans la plupart des cas. Aujourd'hui cependant sa responsabilité demeure dans son incapacité de contrôler les pratiques arbitraires de ses exécuteurs ou de lutter contre l'impunité.
(Pinheiro, Paulo Sérgio, 1999: 3)

22 | Quand les juges des tribunaux d'appel, les juges de première instance et les procureurs de la couronne vont-ils rompre avec l'idée fantaisiste que la pratique de la torture a terminé avec la fin de la dictature et quand vont-ils responsabiliser, en les poursuivant légalement, les tortionnaires qui continuent à agir dans les postes de police, dans les prisons et dans les institutions fermées de l'État?
(Pinheiro, Paulo Sérgio, Torture: l'omission des élites, 30/10/00, *Folha de São Paulo*, p. A-3.)

(Militant dans les médias)

Dans ces citations, on perçoit une vision quelque peu « naïve» de la relation entre torture – démocratie – dictature. Avant de l'aborder, comparons d'abord l'extrait précédent avec le passage suivant, où on lit les mots d'un policier de la ville de Rio de Janeiro, reproduit dans le livre « Elite da tropa », mentionné ci haut:

23 | Le verbe est « travailler ». Lorsque le subordonné appelle le commandant à la radio et demande : « patron, est-ce qu'on peut *travailler* le délinquant ? » il est en train de demander l'autorisation de le faire chanter, c'est-à-dire d'obliger le délinquant à lui raconter ce qu'il sait. De la même façon le gouverneur autorise le Secrétaire de la sécurité publique à autoriser le commandant de la police militaire à autoriser le policier, quand il lui dit : « fais ce qu'il est nécessaire pour résoudre le problème.
Soares, Batista et Pimentel , 2006 :37 (c'est moi qui traduis).

La perception que la torture n'est plus, dans la démocratie, une politique de l'État doit être lue avec une énorme réserve. Si la police même admet qu'elle pratique la torture sous les ordres (ou du moins avec l'aval) des politiciens, y compris du gouverneur de l'État qui est, dans la législation brésilienne, le responsable de la police militaire dans son État, on ne peut tout simplement pas écarter la torture de la politique (officielle) de la sécurité publique. Rappelons que durant la dictature, la torture politique n'a jamais été reconnue par le gouvernement comme une tactique, un moyen ou un procédé utilisé officiellement. Même si à partir d'un moment donné, surtout à partir de la période du général Medici, le recours à la torture est devenu un fait notoire. Elle a toujours été officiellement niée, mais néanmoins très utilisée dans la pratique des actions policières. À cet égard, on peut faire un parallèle avec ce qui se passe aujourd'hui alors que l'État continue à ne pas reconnaître publiquement

le recours à la torture en dépit du fait qu'elle soit quotidiennement utilisée dans les postes de police et dans les prisons.

En effet, la torture commise par des policiers constitue une réalité de la démocratie, notamment lors des activités d'investigation criminelle. Ces pratiques sont devenues tellement répandues, qu'elles sont même considérées comme partie de la vie ordinaire des institutions policières. Mendez (1999) soulève quelques raisons qui expliqueraient cet état de fait en Amérique latine. L'une d'elles est qu'il n'y aurait pas eu de changements significatifs au sein du personnel qui travaille dans les organes responsables de la sécurité, de sorte que plusieurs policiers qui, auparavant, s'occupaient de combattre la subversion, s'occupent aujourd'hui de la répression des crimes communs. Ainsi, l'héritage de l'utilisation de la violence contre les criminels ordinaires ferait encore partie de l' « ethos » de la police (Human Rights Watch, 1997 : 21).

Ce type d'explication soulève un problème important: il donne l'impression, évidemment trompeuse, que le problème de la torture au Brésil serait une question reliée à la dictature. Encore une fois, c'est comme si avant la dictature (et avant le combat contre la subversion politique), la police ne torturait pas de manière significative et, après la dictature, la police arrêterait de torturer en l'absence d'ennemis politiques. Le cœur du problème se trouverait alors dans la formation du policier qui, remontant à la dictature, l'inciterait à torturer les « communistes ». Il s'agirait par conséquent d'une police inadaptée à la démocratie, qui doit être remplacée ou recevoir une nouvelle formation pour la répression des crimes « communs ».

Parmi les articles des médias qui j'ai trouvés et qui datent de la période avant la loi 9455/97, la plupart vont se limiter à dénoncer des cas de torture, souvent en exprimant un certain étonnement face au constat que la torture, après la fin de la période autoritaire, « persiste » dans le quotidien des investigations policières ainsi que dans les prisons. J'ai aussi observé, et c'est ce point qui m'intéresse davantage, la vision de la torture comme un problème dont la référence principale est la dictature. Les passages suivants montrent ce lien entre la torture et la dictature par l'intermédiaire du constat « surprenant » que la démocratie n'a pas signifié la fin de ce type de pratique :

24	Les mauvais traitements aux prisonniers politiques ont été peu à peu éliminés, mais les sévices aux prisonniers communs ont continué dans les recoins des postes de police et dans les établissements pénaux. Torture, non, 4/2/85, *Folha de São Paulo*, p.2.	Continuité de la torture après la dictature

25	Il n'y a pas de signes visibles de la nouvelle république et de la démocratie dans les prisons et dans les postes de police. (...) Les accusations de cette sorte devraient générer des enquêtes policières rigoureuses. Corvée de la violence. Les droits de la personne n'arrivent pas aux postes de police, 28/8/85, *IstoÉ*, p.28.	Continuité de la torture durant la démocratie

D'autres circuits de communication, comme le droit et les mouvements sociaux pour les droits de la personne, ont aussi manifesté, par le truchement des médias, une telle perception à l'égard de la torture en la reliant directement à l'idée de dictature :

26	La démocratie ne peut pas tolérer la torture (...) Il est important que nos parlementaires, en suivant la ligne tracée par la Cour suprême, mettent de la pression sur pour voter sur la question, en approuvant des normes qui inhibent façon plus incisive, les violations des droits de la personne et de la citoyenneté. Eluf, Luiza Nagib, La cour suprême reconnaît le crime de torture, 10/8/95, *O Estado de São Paulo*, p. A-2.	(Juriste) La démocratie n'accepte pas la torture
27	Le Brésil est le pays où la police d'État commet le plus d'exécutions sommaires (...). Il n'est pas possible d'avoir à la fois une démocratie consolidée et la torture policière. C'est un cocktail qui n'existe pas. On doit avancer. Entrevue de Paulo Sérgio Pinheiro, 25/12/02, *IstoÉ*, p.7-11.	(Militant) La démocratie est incompatible avec la torture

Ces opinions qui sont le fait autant des médias que des juristes ou des militants ont comme dénominateur commun le fait de voir à quel point la démocratie est incompatible avec la transgression de la dignité humaine que représente la torture. Lorsqu'ils assument que la (nouvelle) démocratie, en tant que nouveau régime politique qui se consolide au pays, ne peut pas accepter la torture, ils sous-entendent l'existence d'un rapport entre la dictature et la torture, une pratique qui était acceptée dans l'ancien régime. La grande référence (pour le droit, pour les médias, pour les militants des droits de la personne) en ce qui a trait aux pratiques de torture devient ainsi le régime de la dictature et la démocratie, elle, joue un rôle de contrepoids et de protection de la dignité humaine.

Bien sûr, la période de la dictature a été très violente du point de vue des violations des droits de la personne. Par ailleurs, il est aussi connu que la torture existait bel et bien avant. Et que durant la dictature même, les tortures contre les criminels « communs » n'ont pas cessé d'avoir lieu. Le cas de l' « Escadron de la mort » à São Paulo (*Esquadrão da morte*) en est un exemple. Dans les années 1970, durant la dictature militaire, un groupe de policiers torturaient et tuaient des criminels ou tout simplement des accusés de crimes « communs », en prétextant un nettoyage de la ville de São Paulo. Au fil des investigations, on est venu à savoir que les morts, dont le nombre dépassait largement la

centaine, étaient plutôt reliées à des réseaux de trafic de drogues et de prostitution, dont faisaient partie plusieurs agents de la police (Bicudo, 2006).

Néanmoins, c'est la violence à caractère politique qui attira l'attention sur le fait que la torture existait encore dans la société brésilienne. Peut-être ce changement est-il effectivement dû au fait que c'est uniquement quand les fils de la classe moyenne, les étudiants qui luttaient contre le régime, furent capturés, torturés et tués par la « police politique » que le problème de la torture devint effectivement un *problème*. Le fait est qu'après la dictature, ce sujet a pris dans les préoccupations des gens un espace qu'il n'occupait pas avant. Les médias eux-mêmes reconnaissent, de façon quelque peu timide, ce déphasage pour ce qui est de l'attention attribuée à la question:

28 | (...) en dépit du fait que la torture ait, au Brésil, été considérée comme un fait commun dans le système policier et le réseau carcéral, c'est tout récemment que l'attention d'une grande partie de l'opinion publique s'est éveillée à ce problème.
La torture des prisonniers communs, 24/12/84, *Folha de São Paulo.*

Comme je le disais, cette association peut générer des points de cécité, telle la construction de l'identification *dictature – torture*, ainsi que *démocratie – absence de torture*. Même si personne n'aime consciemment le fait de penser à la démocratie en l'associant à la torture, le problème réside dans le fait que le régime politique en tant que tel ne garantit absolument pas la non occurrence d'une telle pratique. On est face à une espèce de construction conceptuelle « aveugle » dans laquelle il y aurait une relation entre les régimes politiques et la pratique ou non de la torture.

En effet, il y a une tendance à penser à la démocratie et aux droits de la personne comme des concepts qui se supportent mutuellement. Si, d'un côté, il est vrai que tant la démocratie que les droits de la personne vont se baser sur des valeurs communes tel le respect à la dignité humaine, d'un autre côté les deux concepts, comme le souligne bien Lehalle (2008), ont des fondations théoriques différentes et potentiellement en compétition. La démocratie (ou les théories démocratiques) se soucie de savoir *qui* va gouverner (le peuple), tandis que les droits de la personne se préoccupent plutôt du *comment* on doit gouverner (en respectant les droits fondamentaux de chaque individu). La démocratie est ainsi un régime qui peut (ou non) favoriser la protection des droits fondamentaux, mais qui ne se confond pas avec eux ou avec la garantie de leur protection.

3.7 La sélection des solutions : la criminalisation

La criminalisation de la torture, c'est-à-dire la création d'un crime spécifique de torture selon les paramètres du droit pénal, prend fréquemment la place d'une solution au problème concret de la torture, soit dans les médias, soit dans les articles de la doctrine juridique. Bien entendu, la criminalisation n'est pas la *seule* solution trouvée, toutefois elle est présente dans la plupart des communications, qu'elles soient d'un juriste, d'un journaliste ou d'un militant des droits de la personne. La demande pour la création du crime de torture est normalement formulée de manière très explicite dans les deux circuits (doctrine juridique et médias):

29	Des changements dans le gouvernement ou de régime ne résolvent pas la situation. (...) Il faut aussi que les nouvelles institutions revendiquent des réformes juridiques dans le sens de caractériser formellement comme criminel ce comportement, en l'explicitant dans le Code criminel. La torture des prisonniers communs, 24/12/84, *Folha de São Paulo.*	(Média) Création du crime de torture
30	La police, lorsqu'elle torture, elle perd du temps, n'investigue pas et dépense l'argent des citoyens. Ces arguments sont solides et évidents. Mais ils ne sont pas suffisants pour exterminer la torture. Ce qu'il faut, c'est la criminalisation de la torture, outre les dénonciations et la pression des citoyens. (...) L'accusation de crime d'abus d'autorité n'est pas suffisamment forte pour faire condamner adéquatement les tortionnaires. Il faut absolument définir la torture avec précision et infliger des pénalités précises. Pinheiro, Paulo Sérgio. Torture toujours, 27/8/85, *Folha de São Paulo*, p. 3.	(Militant et intellectuel)

Quand les articles dans les médias traitent le problème du point de vue d'une lacune législative, c'est-à-dire du présupposé qu'il y a une norme « manquante » dans la législation, on reste avec l'impression que le Parlement est considéré comme l'un des « coupables » de l'existence de la torture, vu qu'il n'a pas « pris des mesures » (comme créer une loi) pour régler la situation.

31	Comme on le sait, la Constitution brésilienne est très claire quant à la sévérité avec laquelle le crime de torture et d'autres crimes semblables doivent être traités. Néanmoins, sept ans après la promulgation de la loi suprême, le Parlement n'a pas encore typifié ni défini les peines pour le crime de torture, sauf lorsqu'il est pratiqué contre les mineurs. (...) Le résultat paradoxal est que la torture est un crime grave pour lequel personne ne peut être puni par manque de pénalité. Omission torturante, 9/9/95, *Folha de São Paulo*, p.1-2.	(Médias) Le manque du crime de torture
32	Le cas de la torture, il y a plus de 20 ans qu'on sait son existence dans le pays – et rien n'a été fait. Deux ans après la promulgation de la nouvelle	(Médias)

	Charte, ce qui existe de concret à cet égard est un projet de loi du sénateur x qui se trouve dans le trou sans fond de la bureaucratie du Parlement. Solution exemplaire, 19/9/90, *Veja*, p. 34.	Lacune législative

Les articles de la doctrine présentent eux aussi la revendication pour la création d'un crime de torture, soit pour des raisons techniques, comme distinguer la torture des autres crimes, telles les lésions corporelles, soit pour effectivement mettre fin à une telle pratique.

33	(...) dans la sphère interne de chaque pays une série de mesures doivent être prises dans le but de rendre effective la prohibition de la torture. Parmi ces mesures, la criminalisation est très importante. Spinellis, Dionysios (1986) Torture – délit non traditionnel récemment criminalisé en Grèce. *Revista de Informação legislativa*, No 23, outubro a dezembro, 1986, Brasília: Senado Federal.	Criminaliser la torture
34	(...) pour qu'on évite la confusion avec d'autres délits, comme les lésions corporelles, par exemple, il faut transformer la torture en crime propre (...). Jorge, William Wanderley (1991) Contribution à la notion de crime de torture. *Revista dos Tribunais*, ano 80, março de 1991.	Criminaliser la torture
35	La torture constitue une chose qui viole fatalement la race humaine (...) de telle sorte qu'à partir de normes disciplinaires et nettes, il faut exiger d'en traiter adéquatement dans la sphère pénale. Klautau, Paulo de Tarso Dias (1992) La torture comme crime autonome nécessité de typification. *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.* Vol. 36, n. 56, abr/jun 1992.	Criminaliser la torture

Face à de telles communications, des questions importantes émergent pour cette recherche: que signifie un tel attachement à l'idée de criminalisation d'un comportement ? Peut-on observer la rationalité pénale moderne derrière un tel phénomène de demande de criminalisation de la torture ?

Pour y répondre, il faut d'abord éclaircir quelques points sur la question de la criminalisation. Imaginons que face à un problème quelconque relié à un comportement indésirable, on puisse toujours réagir de deux façons: soit en optant pour la criminalisation du comportement, soit pour sa non-criminalisation. Si on opte pour la première voie (criminalisation), la création du crime sera alors vue comme la (ou une des) « solution » au problème. Si l'option est pour la deuxième voie (non-criminalisation), il va falloir réfléchir sur les mesures alternatives qui doivent être adoptées comme réponse au problème. Ces mesures peuvent même être dans le pénal (en utilisant d'autres crimes pour dénoncer la situation, par exemple) ou hors du pénal (sanctions administratives dans les organisations, conciliation informelle, pardon, dénonciation dans les médias, etc.).

Si l'option est pour la criminalisation du comportement, il va falloir alors se demander quel est le sens de cette criminalisation. Cette dernière peut soit exprimer une *réprobation* envers le comportement, soit viser la *répression*. Dans le premier cas, je me réfère à l'idée de déclarer que telle attitude est non acceptable, répugnante, etc. Bref, l'objectif est d'indiquer explicitement (et fortement) la désapprobation du fait, de sorte qu'il demeure clair pour la société qu'un telle attitude n'est pas admise comme pratique sociale. Et la loi pénale, étant donné son aspect officiel, public, institutionnalisé, est effectivement un foyer « privilégié » pour un tel objectif. Le passage suivant montre un peu cette idée de réprobation:

36	Il s'agit de typifier spécifiquement la torture, en la pénalisant avec sévérité, en la différenciant des rubriques dans lesquelles elle s'inscrit aujourd'hui. (...) Mais la thèse reflète avant tout la condamnation morale et la détermination politique de toute la société. Torture, crime imprescritible, 8/6/87, *Folha de São Paulo*, p.A-2.	Désapprobation du comportement

Dans le prochain passage, on constate l'importance attribuée à la criminalisation de la torture dans la Constitution, au moment de sa création en 1987/88. L'extrait montre la croyance dans le pouvoir de la législation pour exprimer les intentions de la politique sur le sujet de la torture:

37	(...) Il faut prendre des mesures spécifiques au pays, afin de garantir l'opposition du Brésil à la torture. Un amendement à être inclus dans la Constitution propose que la torture soit considérée comme un crime (...). Si la législation à proprement parler ne peut pas changer les habitudes de la police, elle aurait au moins une influence dans l'opinion publique contre la torture et serait une preuve de la bonne foi du gouvernement. *Rapport de l' Americas Watch*, de 1987.	(Organisation de droits de la personne)

Lorsque la criminalisation vise essentiellement la *réprobation*, la question du type et de la quantité des sanctions n'est pas nécessairement au premier plan. L'idée est de rendre notoire l' « interdit ». La préoccupation serait ainsi plus dirigée vers l'aspect déclaratoire de la règle que vers ses conséquences pratiques (ou juridiques). Dans ce sens, on peut dire que le crime peut être conçu politiquement et juridiquement en dehors des théories modernes de la peine et sans une visée exclusivement répressive. Ainsi, la peine de prison n'a pas besoin nécessairement d'être la première, ou même la seule, option de punition. On pourrait parfaitement concevoir des peines dont les effets sont plutôt « positifs », telles la réparation ou la prestation de services communautaires, au lieu de la peine afflictive, vu que l'accent n'est aucunement sur la peine en soi.

Certes, il faut toujours considérer une des caractéristiques les plus marquantes du droit pénal moderne, à savoir la structure normative télescopée (Pires, 2004 : 41) où le crime est toujours attaché à la peine (voir section 3.2 de ce chapitre). En effet, à l'intérieur de la pensée pénale moderne, on ne pense jamais (ou très rarement) à un crime sans avoir la peine comme présupposée. Ainsi, à la création d'un crime, torture ou autre, la peine vient comme une donnée et, normalement, sous la forme de peine de prison. Le seul aspect sur lequel j'aimerais jeter un regard est justement le fait que quand on pense à la réprobation « morale » du comportement, les caractéristiques de la sanction, surtout son type, ne sont pas *nécessairement* au premier plan.

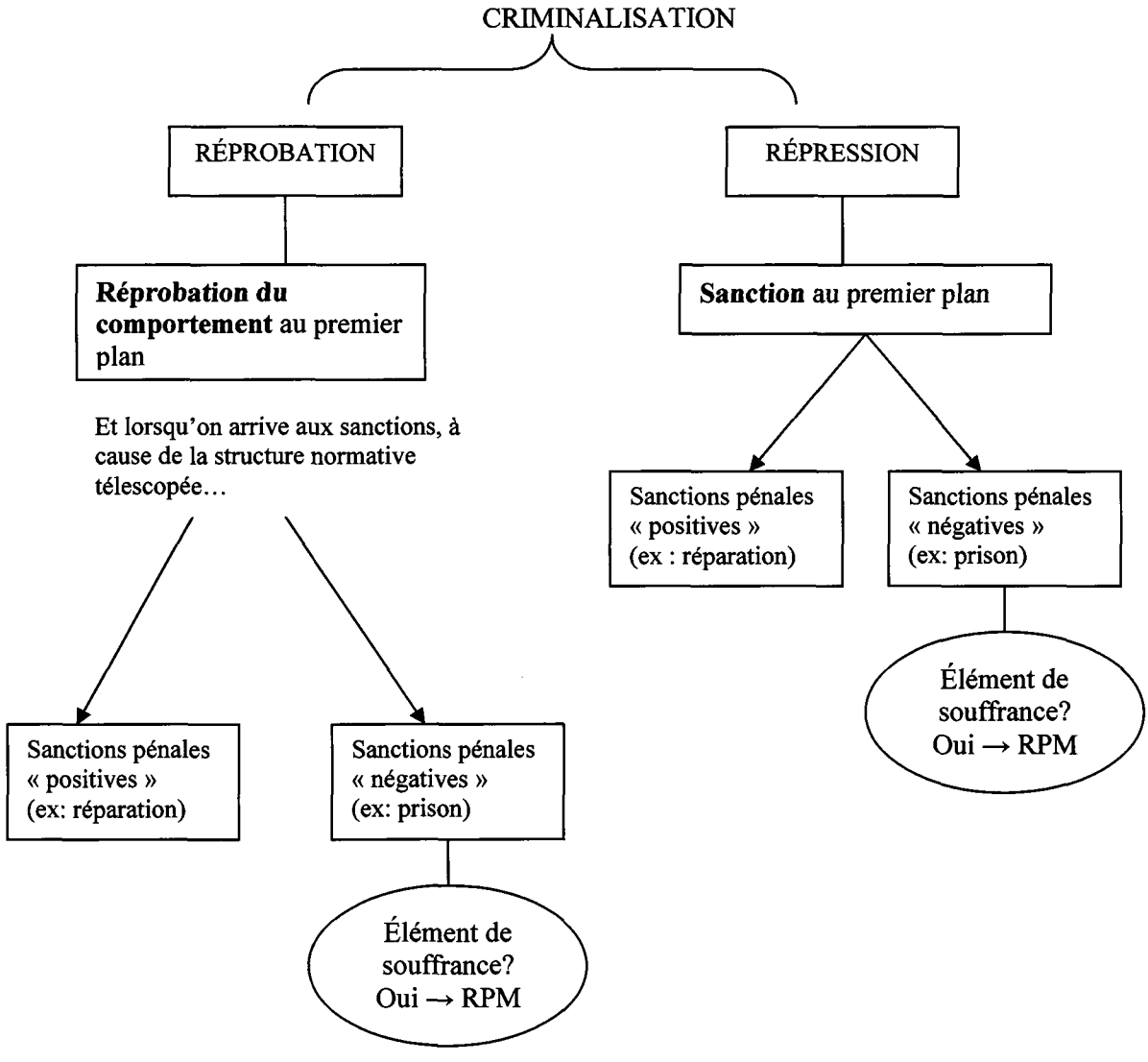
Par ailleurs, si l'objectif de la criminalisation est la *répression* du comportement, le type et la quantité de la sanction deviennent des aspects plus centraux de la criminalisation. De toute façon, différemment de la réprobation, quand on pense à la répression on est plus concerné par les effets concrets de la violation de la norme et par les conséquences des sanctions. Dans la pensée pénale moderne dominante, il y a une tendance à raisonner à cet égard à partir du paradigme de la dissuasion : le mal de la peine dissuade la pratique du crime. Pour que la peine soit efficace, il faut qu'elle impose assez de mal de sorte à apparaître comme une conséquence qu'il « ne vaut pas la peine » de subir. La peine de prison, parce qu'elle impose assez de souffrance, joue bien ce rôle.

La répression du comportement peut de même se baser sur d'autres logiques, comme la neutralisation du délinquant à travers son exclusion de la vie sociale; dans ce cas, la prison joue encore un rôle important. Que l'on s'attache à la dissuasion ou à la neutralisation, dans le sens typiquement attribué par la pensée pénale moderne, le fait est qu'on est face à des sanctions dont l'effet recherché est purement négatif, tant pour le délinquant que pour la victime. L'élément de la souffrance serait alors nécessairement présent dans la peine, ce qui nous amène au cœur de la rationalité pénale moderne.

Néanmoins, même avec la perspective de *réprimer* le comportement, il est possible aussi de penser à des sanctions dont les effets sont plus « positifs » et où l'idée d'infliger le mal n'est pas nécessairement présente. Pensons, par exemple, à la sanction de réparation ou de dédommagement : il est possible de concevoir que le crime de torture serait mieux réprimé si le délinquant était obligé de réparer (pécuniairement ou avec des services offerts) le mal causé à la victime et à sa famille. Disons que cette conséquence au crime serait conçue comme la meilleure façon de dire à la « population » que la société brésilienne ne tolère pas la torture. Dans ce cas, on ne serait pas en train de penser à partir de la rationalité pénale moderne.

Bref, ce n'est pas toute demande de criminalisation qui nous permet d'observer la présence de la rationalité pénale moderne, mais seulement quand elle est revêtue de quelques caractéristiques déterminées, comme la nécessité d'infliger le mal à travers la peine :

Figure 3.4
La criminalisation et la rationalité pénale moderne



La question est alors d'observer dans les données comment apparaissent les demandes de criminalisation et s'il est possible d'en extraire leur sens. Regardons les extraits suivants de la doctrine juridique :

38	(...) personne ne peut être puni pour le crime haineux de torture avant que le droit positif ne définisse expressément le comportement qui configure ce crime et sa sanction respective. Leal, João José (1991) La convention de l'ONU sur la torture. *Revista dos Tribunais*, ano 671, septembre 1991.	(Doctrine)
39	La principale vertu de la Convention contre la torture de l'ONU, c'est de faire de la torture un acte criminel passible de sanctions. Ainsi, tous les États participants sont obligés de considérer les tortionnaires comme des criminels et donc de les punir. Nowak, Manfred (1994) Torture et droits de la personne. *O Correio da Unesco*, ano 22, n.5, mai 1994.	(Doctrine)

Dans les deux passages ci–dessus, l'idée de punition est présente sans pour autant déterminer explicitement comment et pour quelles raisons cette punition, conséquence directe de la criminalisation, doit avoir lieu. Même si je peux supposer que les références à la punition ici sont probablement liées soit au paradigme de la dissuasion soit à une perspective rétributiviste, il est impossible de l'affirmer avec certitude à partir de ces communications. Regardons maintenant les passages ci-dessous :

40	La lacune d'une sanction spécifique sur la torture encourage le tortionnaire (...). Il faut alors l'édition d'une loi spécifique qui sanctionne sévèrement la torture. (...) Ce qui fait l'efficacité du châtiment est son implacabilité. Grande ou petite, la réparation doit fatalement arriver (...). Il y a une finalité pertinente dans la punition de la torture. On cherche, réellement, à contenir dans des limites légales le comportement de ceux qui agissent sans aucun frein. Fernandes, Paulo Sérgio Leite e Fernandes, Ana Maria Babette Bajer (1996) *Aspects juridico-penales de la torture*, Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996.	(Doctrine) Sévérité et certitude de la punition
41	En comptant sur la certitude de l'impunité, un policier se faisait des éloges de ses qualités de tortionnaire (...) Il avait peur uniquement d'une sanction administrative. La cynique tranquillité du bourreau avait une raison d'être : d'après la législation actuelle en vigueur, les policiers peuvent torturer à leur gré, sans risque d'être emprisonnés (...) ; même lorsqu'ils se trompent et infligent une violence trop forte, les marques visibles de la violence sont normalement des lésions discrètes, punies par des peines très légères. Entre-temps les tortionnaires continuent à agir	(Doctrine) Sévérité des peines

> impunément et avec un mépris ostensible d'un ordre juridique incapable de les en empêcher.
> Tórtima, José Carlos (1996) La criminalisation de la torture. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, ano 7, n.9, 1996.

Dans les deux citations précédentes on trouve quelques informations sur le sens de la punition : 1. la sanction sert à dissuader le délinquant de manière à ce qu'il pratique moins la torture; 2. pour y arriver, il faut des peines *sévères*; 3. ce qui compte le plus pour que la dissuasion soit efficace, c'est la certitude de la peine. Donc, il devient clair qu'on est face à l'actualisation des éléments centraux de la théorie de la dissuasion telle que conçue dans la rationalité pénale. Le « cliché » de Beccaria sur la certitude de la peine est ici reproduit sans aucune adaptation ou modernisation significative, après deux siècles d'actualisation intensive par le droit et par la politique. À partir de la distinction sévérité/certitude, Beccaria va proposer de remplacer une peine trop sévère (comme la peine de mort) par la certitude d'une autre peine avec une quantité « mieux dosée » de souffrance comme les longues peines d'incarcération. L'« humanité » de cette proposition résidera justement dans le fait que la peine peut être modérée dans sa sévérité, dès qu'elle est afflictive et certaine (Pires et Garcia, 2007).

Dans le dernier extrait, on observe encore le mépris manifesté à l'égard de la sanction administrative. Ici, il me semble qu'on est encore face à une actualisation de la théorie de la dissuasion. D'après cette communication, le policier ne se sentirait pas intimidé par une sanction administrative et, pour cette raison, il continuera à pratiquer la torture. D'après le texte, ce qu'il faut, c'est une sanction *pénale*, une « vraie » sanction, pour que le policier soit effectivement convaincu de ne plus utiliser la torture. Or, tout cela n'est pas encore assez : il faut que la punition soit une peine de *prison* relativement longue pour que l'on soit assuré qu'il sera emprisonné pendant un temps minimal. Rien de plus explicite en termes d'une manifestation guidée par une des théories modernes de la peine.

Bref, dans ces deux citations de la doctrine juridique la criminalisation de la torture est directement associée à un propos de répression du comportement selon le paradigme de la dissuasion, avec des postulats qui permettent d'observer l'actualisation de la rationalité pénale moderne.

Néanmoins, parmi ceux qui considèrent la criminalisation comme un instrument de répression du crime, on observe aussi des perceptions où la création du crime n'est pas le seul, ou même le plus important instrument pour combattre la pratique de la torture. Réaliser un travail de rééducation de la police est un mécanisme parmi d'autres reconnus comme effectivement utiles pour

faire face au problème. En dépit de cette conscience apparente des limites de la création d'un crime, personne ne va défendre un autre remède quelconque en *substitution* à la criminalisation. Celle-ci est toujours présente comme la première (ou l'une parmi les premières) mesures à être adoptées.

42	C'est indispensable que le délit de torture ait une typification pénale grave, qu'il n'y ait pas de tolérances ou d'exceptions qui puissent permettre l'action arbitraire de l'agent du pouvoir public. Mais la création du crime n'est pas l'unique mesure à être adoptée, il faut avoir des mécanismes qui évitent son occurrence. Dias, José Carlos. La torture et la prescription, 16/6/87, *Folha de São Paulo*, p. 7.	(Juriste dans le système des médias)
43	Il faut, alors, l'édiction d'une loi spécifique pour sanctionner sévèrement la torture. Et ceci n'est pas suffisant. On a encore besoin d'une catégorie spéciale de juges absolument non liés au pouvoir exécutif (...). Fernandes, Paulo Sérgio Leite e Fernandes, Ana Maria Babette Bajer (1996) *Les aspects juridico-pénals de la torture*, Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996.	(Doctrine) Nouvelle catégorie de juges

En reconnaissant l'importance de la loi, les auteurs suggèrent aussi une série de changements qui vont au-delà de la modification législative: rééducation de la police, construction d'une pratique morale humaniste, inclusion d'une éducation contre la torture dans l'agenda des écoles, création d'une catégorie de juges complètement indépendants du pouvoir exécutif et donc de la police, etc. Cependant, comme je le disais, aucun article n'envisage la possibilité de changements dans la police, dans la structure judiciaire, dans l'éducation, etc., qui excluraient la création du crime. C'est comme si toutes les initiatives pour mettre fin à la torture étaient importantes, mais venaient *après* ou du moins *avec* l'insertion du crime dans la législation pénale. Les auteurs semblent ainsi être dans un piège dont ils ne savent pas sortir vu que l'idée de création de la loi n'est pas du tout questionnée ou mise en doute et ce, même si elle n'est pas considérée comme l'option la plus adéquate ou « utile ». D'ailleurs, cette apparente contradiction ne se présente même pas comme un « problème » dans les communications.

Mon hypothèse d'interprétation de ce cadre apparemment paradoxal - « on ne croit pas à la création du crime comme instrument exclusif pour résoudre le problème de la torture mais on le garde quand même » - est qu'il y aurait un certain mélange dans ces communications entre deux niveaux d'expectatives par rapport à la criminalisation. Ces niveaux correspondent aux deux perspectives concernant la criminalisation : l'idée de réprobation du comportement et l'idée de répression. Pour faciliter l'explication, je vais formuler ces deux perspectives en termes

d'expectatives qui peuvent émerger en rapport avec le crime. Dans le cas de la réprobation, disons que la question centrale est la *validation de l'expectative* que le comportement (dans ce cas, la torture) ne peut pas avoir lieu. Il s'agit tout simplement d'un renforcement de la perception qu'on ne doit pas accepter la torture. Alors, quand on crée le crime, on atteste cette perception au niveau institutionnel de sorte que ceux qui avaient la perception ont la confirmation qu'ils avaient « raison ».

Par ailleurs, la création du crime peut impliquer une expectative de *solution du problème* réel de la torture. C'est ici que se place la perspective de répression du comportement. L'attente ici est que la criminalisation va rendre compte du problème concret de la torture, c'est-à-dire que le crime va éliminer (ou du moins diminuer considérablement) une telle pratique. C'est à ce niveau que, à mon avis, les difficultés commencent à surgir. L'expectative que la création d'un crime va faire disparaître un type de comportement enraciné dans la culture policière est rapidement relativisée dans les dernières communications transcrites. L'expérience, l'histoire ou même le bons sens vont dire qu'il faut de nombreux mécanismes, bien au-delà de la loi, pour prévenir la torture, tels un travail de rééducation des membres de la police ou la création d'une autre catégorie de juges (non militaires) pour juger les cas de torture pratiqués par la police.

La question importante est celle de savoir où l'on est en train de placer la notion d'*efficacité*. Si on voit l'efficacité de la création de la loi contre la torture dans le maintien des expectatives, on va probablement rester plus confiant dans sa capacité de rendre compte de l'attente. Par contre, si l'efficacité de la loi est liée au fait de solutionner le problème de la torture, alors on va rester plutôt insécurisé par rapport à sa capacité de réaliser une telle tâche et on va aller chercher d'autres mécanismes de prévention qui seront plus importants que la loi pour faire face à la question.

Comme les communications ne séparent pas ces deux sphères (le maintien des expectatives et la solution effective du problème), elles ne voient pas que même si la criminalisation de la torture n'est pas utile pour la *solution* du problème en soi, ceci n'annule pas le fait que la création du crime est importante au niveau de la validation de l'expectative que la torture ne doit pas être pratiquée. L'aspect problématique de ce mélange d'attentes par rapport à la criminalisation est justement le fait que lorsqu'on pense qu'elle va solutionner le problème, on stimule moins ou donne moins d'attention à d'autres mécanismes de contrôle qui ne passent pas par le pénal. Toute l'énergie concentrée sur la passation de la loi est dissipée après son approbation ou encore consumée dans des discussions sur les raisons pour lesquelles la loi n'a pas eu les effets attendus sur la diminution des cas de torture. Par

ailleurs, on finit par oublier qu'il est possible d'opter pour la non criminalisation de la torture si l'objectif est de solutionner le problème.

3.8 Les réactions à la loi ou « la chronique d'une déception annoncée »

Je vais maintenant analyser les documents des médias et de la doctrine juridique publiés après la promulgation de la loi 9455, du 7 avril 1997. Les réactions de la doctrine et des médias ont été de nature un peu différente, raison pour laquelle j'ai décidé de présenter séparément ces deux groupes et les éléments principaux de leurs raisonnements respectifs.

3.8.1 Médias : l'insatisfaction à l'égard des effets de la loi

La plupart des articles des médias qui j'ai trouvés sur la question de la torture après 1997 ne mentionnent pas l'existence de la loi. Ils vont simplement continuer à dénoncer des cas de torture, surtout ceux qui concernent la police. Parmi les articles qui abordent la loi, j'ai trouvé qu'une bonne partie démontrait une satisfaction envers sa promulgation, en dépit du fait bien connu qu'elle ait été approuvée dans l'urgence en guise de réponse immédiate (voire « immédiatiste ») du Parlement et du gouvernement au cas de violence policière survenue à Diadema (voir section 3.3).

44	Les images des policiers militaires battant, torturant et tuant des gens dans une favela à Diadema, région métropolitaine de São Paulo, ont sensibilisé le Sénat et pour cette raison il a été prévu de voter aujourd'hui un projet de loi qui typifie le crime de torture et fait passer les violations contre les droits de la personne sous juridiction fédérale. Violence de la police militaire fait pression sur le projet de loi sur le crime de torture, 2/4/97, *Gazeta Mercantil*.	(Média) Le cas à « Diadema »
45	On a beaucoup applaudi à la loi et avec raison. Il n'y avait pas dans la législation de définition détaillée de la torture. Ceci sauvait plusieurs criminels. Loi réduit la peine du crime de torture, 23/4/97, *Folha de São Paulo*, p.1-2.	(Média) Saluer la loi

J'ai aussi trouvé parmi les articles des journaux de manifestations de *politiciens*, autrement dit des *communications politiques*, qui exprimaient une énorme satisfaction envers la promulgation de la loi.

46	Le Parlement brésilien, en approuvant le projet qui typifie le crime de torture et en établissant des peines pour ceux qui le commettent, a répondu aux attentes du peuple brésilien qui, sûrement, cherche un futur de paix et de justice sociale. Il a aussi comblé les expectatives internationales, vu	(Politiciens dans le système des médias)

> que le Brésil a ratifié les conventions de l'ONU (...) Bien sûr, la simple existence de la loi ne résout pas le problème. Elle démontre, néanmoins, la répugnance de la société brésilienne à certains actes qui violent les droits fondamentaux des hommes (...).
> Tebet, Ramez, En conquérant le futur, *Jornal do Brasil*, p.6.

Cette citation montre un peu les expectatives par rapport à la loi et le sentiment du « devoir accompli » qui découle de son adoption. Comme si la loi était finalement la manifestation de répudiation que la « société » voulait tant exprimer. Aussi faut-il considérer le vote de cette loi comme une manière de «s'autovaloriser» ainsi que de valoriser le rôle du législatif face aux problèmes de la société.

Toutefois, après la promulgation de la loi et le temps s'écoulant, les articles commencèrent à dénoncer le faible recours à ladite loi et les résultats limités qu'elle produisait relativement à la diminution des cas de torture. J'ai observé, dans les articles des médias, essentiellement deux types d'explications ou de réflexions sur le problème de la «sous-utilisation» de la loi, qui finissent par s'entrecroiser dans certaines communications. D'abord, on observe une sorte de responsabilisation des tribunaux et des juges qui ne joueraient pas correctement le rôle d'applicateur de la loi. L'appareil de la justice est vu comme lent, inefficace, peu motivé pour condamner les coupables du crime de torture et enclin davantage à reclasser le comportement sous l'étiquette criminelle de « lésions corporelles » ou encore d'«abus d'autorité ». Par ailleurs, on trouve l'observation que le peuple brésilien, au fond, accepte la torture, d'où la difficulté de faire valoir la loi, y compris par la justice. L'éditorial du journal *Folha de São Paulo*, transcrit ci-dessous, réunit les deux arguments.

47 Le plus étonnant dans cette question des droits de la personne dans le système pénitentiaire, c'est que la barbarie résiste à toutes les attentes vers la civilisation. Cela a l'air d'une blague, mais la loi contre la torture existe depuis 4 ans en date du 7 de ce mois et elle ne s'est traduite que par une seule condamnation dans tout le pays (...). Le pire, c'est que la législation anti-torture est relativement adéquate, mais pour une raison quelconque la justice résiste à l'utiliser. (...) Le problème semble résider dans une culture de la violence qui domine la population. Il y a une incitation diffuse à utiliser la violence comme une arme contre la violence.
La torture sans limites, Editorial, 12/04/01, *Folha de São Paulo*, p.A2.

La sous-utilisation de la loi

La justice n'applique pas la loi

Dans l'extrait suivant, l'inefficacité de la justice est soulevée, cette fois dans les communications politiques, comme un point central de la non application de la loi contre la torture, à côté du fait que la « société » est, quant à elle, de connivence avec une telle pratique :

48	Le gouvernement brésilien va aujourd'hui, devant les représentants de l'ONU, se décharger de la responsabilité d'avoir échoué à poursuivre en cour ceux qui étaient accusés de torture contre les prisonniers ainsi que tous ceux soupçonnés d'avoir commis de tels crimes. Les représentants du gouvernement vont dire que les grands coupables de la non application de la loi contre la torture sont les juges (...), les procureurs de la couronne (...) ainsi que la société complice et qui omet de dénoncer les cas de torture (...). Le gouvernement responsabilise la justice et la société pour la torture, 8/5/01, *O Globo*, p.13.	Attribution de culpabilité

Un militant des droits de la personne a écrit dans un article de journal que le système judiciaire ne prend pas au sérieux le problème de l'existence de la torture et de l'application de la loi.

49	Quand les juges des premières et deuxièmes instances et les procureurs de la couronne vont-ils arrêter de croire que la torture a cessé d'être pratiquée avec la fin de la dictature et responsabiliser les tortionnaires qui continuent à agir dans les postes de police, dans les prisons et dans les institutions fermes des États ? Pinheiro, Paulo Sérgio, Torture: les élites qui omettent d'intervenir, 30/10/00, *Folha de São Paulo*, p. A-3.	(Militant dans les médias)

Les médias ont aussi à cet égard reproduit l'opinion des politiciens, opinion dont le contenu ne change pas de ce qui a été dit auparavant. Dans l'extrait suivant, l'opinion d'un député fédéral, qui occupait à ce moment le poste de secrétaire national des droits de la personne, est reproduit dans un article de journal. D'après ce politicien, le grand problème de la non application de la loi et, conséquemment, de l'impunité concernant la torture est, encore une fois, directement lié à l'attitude des juges :

50	Le secrétaire national pour les droits de la personne, Nilmário Miranda, a contribué à la crise entre le gouvernement et le judiciaire lorsqu'il a affirmé que l'impunité au pays était directement liée à l'activité des juges. D'après lui, le judiciaire est lent et rend possible l'impunité vu qu'il ne condamne pas les violateurs des droits de la personne (...). Nilmário: impunidade está ligada ao Judiciário, 11/10/03, *O Globo.*	

Dans tous ces extraits (citations n° 48, 49 et 50) on observe un même phénomène d'attribution de responsabilité: le gouvernement (la politique), les médias et les militants des droits de la personne vont imputer au fonctionnement de la justice la culpabilité de la persistance des nombreux cas de torture. Avant la promulgation de la loi, les médias, les juristes et les militants accusaient le législatif de ne pas avoir accompli sa tache de créer une loi spécifique sur la torture (voir citations n° 40, 42, 43). Maintenant, c'est le gouvernement et les politiciens, ainsi que les

militants qui vont attribuer le problème de l'inertie au judiciaire ou à la connivence du public. Il me semble qu'il y a une sorte d' « exportation du problème » vers d'autres sphères, qui exclut la responsabilité de ceux qui se manifestent de faire une autocritique.

Si on pense aux cas des médias et des militants, ceci reste clair : lorsqu'ils accusent les tribunaux et le Parlement de ne pas faire leur « travail », ils assument implicitement que ce n'est pas à eux de faire face au problème, car il s'agit d'une responsabilité des juges (ou des parlementaires, avant la création de la loi). Et même si on considère qu'il y avait une acceptation de la torture par une partie de la population, ceci ne me paraît pas nécessairement un argument convaincant ou suffisant pour justifier une exemption de responsabilité de la part soit du politique (y compris des militants), soit du juridique ou des médias.

51	Curriculum occulte, sens commun, habitude banalisée, la torture est socialement tolérée, comme une espèce de loi du talion où la population qui se dit chrétienne assimile et parfois applaudit (...) La criminalisation de la torture au Brésil est une tâche difficile et, jusqu'à maintenant, sans aucun appui social ou officiel suffisant. Bien sûr, la démocratisation a défini des lois et des normes qui interdisent cette pratique. En réalité, néanmoins, on a créé dans l'imaginaire populaire l'idée fausse et méchante que la défense des droits de la personne implique la connivence avec des bandits. Alencar, Chico, La peine occulte, 19/9/00, *Jornal do Brasil*, p.9.	(Politicien) La loi manque de support social

Le fait qu'il existe une acceptation socialement diffuse de la torture ne signifie pas que les organisations, tant le Parlement que les tribunaux, vont obligatoirement reproduire une telle attitude. Ceci équivaudrait à considérer que ces organisations ne sont pas dotées d'une manière propre de penser, d'objectifs propres ou même d'une capacité critique vis-à-vis de l'opinion « populaire ». Imaginons une situation où une parcelle importante de la population soit favorable à la peine de mort pour certains crimes considérés comme graves (d'ailleurs ceci semble être le cas du Brésil). Ce n'est pourtant pas pour cette raison que le Parlement votera nécessairement une loi pour créer la peine de mort et que les tribunaux commenceront à juger acceptable l'application d'une telle peine. Dans la citation suivante, on observe justement un politicien qui reconnaît que la population brésilienne est favorable à la peine de mort, mais lui, en tant que politicien, est complètement contre une telle position et irait, si nécessaire, lutter politiquement pour bloquer toutes les initiatives qui amèneraient l'approbation d'une tel type de peine:

52 (...) je suis favorable aux enquêtes auprès de la population, mais je suis contre un projet de loi quelconque ou à un amendement constitutionnel qui soumette à un plébiscite la question de la peine de mort au Brésil ou non. Parce que je sais que ceci serait approuvé. (...) et moi je suis absolument hostile à la peine de mort, de sorte qu'un plébiscite pour la peine de mort, je n'en veux pas.
(Politicien - P8)

Il y a une façon de penser et d'agir qui est construite à l'intérieur de chaque organisation, qui oriente minimalement les décisions, l'engagement de chaque institution dans des thématiques variées et qui servent comme critère de choix des priorités d'action. Il s'agit d'une espèce d'« acculturation » que l'institution impose naturellement à chaque membre ou à chaque système psychique. Si on pense à la police, ceci devient plus évident : dans l'organisation interne de la police, il y a un « apprentissage » culturel de la façon dont pense l'institution et de celle dont « doit penser et agir » un policier. La violence contre les bandits « ordinaires » fait malheureusement partie d'une telle organisation, mais ceci ne signifie pas qu'il ne soit pas possible de changer, en dépit du fait qu'il y ait un support de la population.

Liée à cette problématique de la « sous-utilisation » de la loi, on trouve assez souvent parmi les articles de journaux une représentation de la loi contre la torture comme une « loi dont l'application prend du temps à se matérialiser » (en portugais, « lei que demora para pegar »), un phénomène perçu comme habituel au Brésil, qui décrit la situation où quelques lois déjà promulguées ne sont tout simplement pas utilisées par les tribunaux dans des cas concrets. Comme si elles (les lois) n'avaient pas réussi à « convaincre » les juges de la pertinence de leur application.

53 Il y a deux ans que fut adoptée la loi fédérale qui punit la torture sous toutes ses formes, et avec des peines sévères, comme il est d'ailleurs naturel, lorsque le tortionnaire est un fonctionnaire public. Il s'agit d'une de ces lois dont l'application prend toujours du temps à se matérialiser. À Rio de Janeiro, pendant longtemps elle a été systématiquement contournée avec l'artifice de définir la violence qui a lieu dans les postes de police comme une lésion corporelle et un abus d'autorité.
La fin de la torture, 1/10/99, *O Globo*, p.6.

(Médias)

La sous-utilisation de la loi

54 Le rapport soumis à l'ONU sur la mise en oeuvre de la Convention contre la torture reconnaît que les résultats de l'application de la loi 9455/97 qui a défini pour la première fois le crime de torture au pays, sont assez limités. En dépit de l'euphémisme diplomatique, c'est une façon de dire que la loi contre la torture n'a pas été appliquée dans la pratique.
Rapport officiel expose la torture au Brésil, Mario Magalhães, 14/5/00, *Folha de São Paulo*, C-1.

(Média)

Les résultats limités de la loi

Cette perception que la loi peut prendre du temps pour devenir effectivement « applicable » ou « engageante » peut être traduite, dans les termes de la théorie des systèmes, comme une loi qui prend du temps pour effectivement « entrer », en tant que communication, dans les opérations du système juridique. D'après une telle perspective sociologique, ce n'est pas parce que la loi a été formellement promulguée par le Parlement qu'elle va intégrer automatiquement le système juridique. Pour le faire, il faut qu'elle entre dans le circuit des opérations du système, qu'elle commence à faire partie de sa dynamique interne et, ainsi, de l'« autoproduction » (*autopoiesis*) du système. Une loi qui est « ignorée » par les opérations du système ne peut pas être considérée comme une communication proprement *juridique*.

La question est alors pourquoi le système juridique résiste-t-il à intégrer la loi contre la torture dans ses circuits de communication, c'est-à-dire à utiliser la loi pour juger des cas concrets de torture qui arrivent aux tribunaux? La première chose qu'il faut rappeler à cet égard est que cette question est pertinente seulement si on considère les cas de torture qui sont effectivement arrivés aux tribunaux pour y être analysés. Comme je l'ai mentionné auparavant, l'un des grands problèmes entourant l'application pratique de cette loi est justement le fait que l'investigation des crimes de torture est faite par la même police qui est normalement accusée de la pratiquer contre les suspects de crimes « ordinaires ». De ce fait, on peut conclure qu'une bonne partie des cas qui n'ont pas été jugés ou analysés par les tribunaux n'y sont même jamais arrivés. En fait, ces cas n'ont pas été investigués, ou pire encore, ils n'ont pas fait l'objet d'une enquête policière. Dans des telles situations, alors, on peut dire que le système juridique n'est même pas entré sur scène.

L'autre scénario, probablement moins fréquent que celui mentionné ci-dessus, où les rares procès portant sur des accusations de crime de torture qui arrivent devant les juges sont finalement considérés comme n'ayant pas de fondements solides, en ce sens que les accusés sont innocentés ou que le crime de torture est envisagé plutôt sous l'angle des lésions corporelles ou de l'abus d'autorité. Dans ce dernier cas, il est donc pertinent de se questionner sur la résistance du système juridique à intégrer la loi contre la torture dans ses opérations. Pour aller plus loin dans ma réflexion théorique sur ce problème, je dois faire référence au thème des expectatives normatives (voir chapitre 1, section 1.1.3.a).

Du point de vue de la théorie des systèmes, les normes (juridiques) contenues dans les lois ne sont que des expectatives normatives généralisées, qui sont passées à travers la procédure législative qui leur a attribué une dignité symbolique en tant que loi (Luhmann, 1972). Néanmoins, comme on l'a vu dans le premier chapitre (section 1.1.3.a), les expectatives (normatives) en tant que telles ne naissent pas sous la « plume du législateur » (Luhmann, 1972 : 159) : elles émergent plutôt à l'intérieur de la « société » qui, à un moment donné, en passant par les mouvements sociaux, les juristes, les politiciens, etc., les amène au Parlement pour y être transformées en loi.

Dans le cas de la loi contre la torture, on s'attendrait à ce qu'il y ait eu, avant même la proposition du projet de loi, une expectative normative à propos de la prohibition de la torture, c'est-à-dire une expectative que la torture ne peut pas être pratiquée et ce, en dépit de la fréquence à laquelle elle a lieu. Certes, une telle expectative n'était pas absolument consensuelle parmi tous les groupes sociaux. Néanmoins elle fut assez représentative, au moins pour une partie importante des parlementaires et des groupes de pression, pour être amenée au Parlement et y être effectivement transformée en loi. Ainsi, puisqu'une telle loi a été passée au Parlement, on peut considérer qu'elle a réussi à faire valoir une partie des expectatives normatives concernant la torture. Ceci ne signifie pourtant pas que ceux qui ne partagent pas cette même expectative par rapport à la torture iront nécessairement changer d'opinion (ou d'expectative) après la promulgation de la loi.

Pensons aux justifications à la faible application de la loi basées sur le fait qu'une partie de la société, au fond, non seulement accepte la torture, mais en encourage même la pratique, notamment si elle se révèle nécessaire dans le cadre d'une enquête policière.

55	Ici au Brésil existe la perception que la torture est un instrument légitime d'investigation policière, notamment lorsqu'elle est utilisée contre les pauvres et ceux qui sont mal habillés. Rien de plus faux. Usine de confessions, *Folha de São Paulo*, 1/2/00, p. 1-2.	Acceptation de la torture
56	L'impression qui reste est celle que pour affecter surtout les classes sociales moins aisées, il n'existe pas d'intérêt réel à mener la torture à sa fin. La torture continuée, *Folha de São Paulo*, 18/5/00, p. A2.	Acceptation de la torture

La perception que la torture est socialement tolérée est confirmée, par exemple, par les enquêtes d'opinion (voir tableau 3.3)[29]. Or, le point que je veux souligner est qu'une partie de ceux qui ne soutiennent pas l'expectative normative *contre* la torture sont « qualitativement bien situés » dans les structures organisationnelles, c'est-à-dire qu'ils occupent des postes de décision comme ceux de gouverneurs d'états, de chefs de la police ou même de policiers ordinaires. Alors, ceux-ci vont ignorer la loi, ou au moins essayer de la contourner par le simple fait que, pour eux, l'expectative normative qui s'y trouve n'est pas pertinente.

En dépit de l'existence connue de cette portion importante de la population, l'échec représenté par la loi contre la torture comme instrument de solution du problème a généré un considérable étonnement tant de la part des politiciens que des militants engagés sur ce thème. Peut-être ceux-ci s'attendaient-ils à ce que l'expectative normative contre la torture soit plus consensuelle qu'elle ne le fut vraiment. À cet égard j'observe une certaine naïveté en ce qui concerne les attentes par rapport à l'efficacité de loi (pour résoudre le problème); comme si ceux qui étaient engagés dans le combat sur cette question de la torture ne reconnaissaient ou ne se rendaient pas compte de la force et de l'importance de la parcelle de la population qui défend la torture dans quelques situations. Ou peut-être avaient-ils l'espoir que la loi, en tant qu'instrument de cœrcition allait, à un moment donné, changer leurs expectatives ou, du moins, les leur faire adapter aux contraintes de la loi.

Or, est-il vraiment surprenant que la loi contre la torture n'ait pas eu les résultats escomptés ? S'il existe deux discours (contre et pour) la torture comme le disent et le reconnaissent tant les médias que les militants pour les droits de la personne et les politiciens, comment pouvait-on s'attendre à ce qu'une loi, un document législatif – doté, c'est vrai, d'un pouvoir contraignant – puisse résoudre le problème en peu de temps ?

L'avenir de la loi contre la torture au Brésil, à mon avis, s'approche beaucoup du cadre d'une « mort annoncée » (Garcia Marquez), mais que personne n'ose dénoncer publiquement. La torture pratiquée par la police a toujours été une caractéristique du système policier ainsi que du système pénitencier brésilien. Depuis toujours on sait que cette question n'est pas une caractéristique limitée à la mauvaise formation de nos policiers, bien que ceci soit un problème réel et important. On

[29] Récemment (2008) l'agence *Ibope* (Institut brésilien d'enquête et de statistique) et l'agence *Nova S/B* ont réalisé une enquête sur l'acceptation de la torture lors des investigations policières. Le résultat fut que 26% des Brésiliens étaient d'accord avec la pratique de la torture. Parmi les Brésiliens dont les revenus mensuels sont plus hauts que R$ 2.000,00 (deux mil reais), 42% acceptent la torture dans les situations d'investigations, de même que 40% de ceux qui ont une formation de niveau universitaire.

sait qu'il y a des groupes de personnes dans plusieurs domaines de la société brésilienne qui acceptent ou même encouragent la pratique de la torture contre les criminels « ordinaires » (bien entendu, spécialement les pauvres). Alors, ces deux informations seraient déjà suffisantes pour au moins se méfier de la capacité d'une loi qui, en criminalisant la torture, aurait le pouvoir de changer un cadre - disons « culturel » - tellement complexe et ainsi reformuler dans un court espace de temps les expectatives normatives à cet égard. J'ai aussi trouvé des extraits en ce sens, c'est-à-dire celui de relativiser le pouvoir de la loi contre la torture :

57	J'affirme avec conviction: les problèmes qu'on a par rapport à la torture ne sont pas dans le texte de la loi. Les problèmes évidents qu'on a quant à l'applicabilité de la loi sont reliés à la posture et à l'attitude de ceux qui appliquent la loi, notamment les juges, les procureurs et les policiers. Autrement dit, le défi nous remet au changement d'une tradition culturelle. Rolim, Marcos (2000) Torture au Brésil comme héritage culturel des périodes autoritaires. *Revista CEJ, Brasília*, n. 14, mai/ago 2001.	(Politicien dans les médias)

Je peux toujours soulever l'hypothèse que pour ceux qui combattaient la torture, la création de la loi a effectivement représenté un peu cette tentative d'homogénéiser la cacophonie du discours sur la torture (*pour* et *contre* l'utilisation de la torture), de sorte à généraliser l'expectative normative qui condamne sa pratique. Comme si la loi allait mettre fin aux « malentendus » sur ce sujet, en réorientant les attentes sur la torture pour qu'elle apparaisse toujours inacceptable. Or, même si on suppose qu'une loi peut changer une expectative normative, et je pense qu'elle le peut et le fait assez souvent, le changement prend du temps à se faire remarquer.

3.8.2 Doctrine juridique : les critiques venant du droit

En général, les textes de la doctrine juridique qui ont paru après l'édiction de la loi, traitent de la loi du point de vue technique, c'est-à-dire des aspects strictement juridiques tels les éléments du type pénal (*sujet actif, sujet passif, objet du crime* etc.), les cas concrets où les définitions de torture peuvent être appliquées, les conséquences pour la procédure pénale, etc., sans faire une réflexion plus théorique ou plus attentive aux aspects moins immédiats de la loi, comme ses conséquences dans la pratique, la pertinence de ses justifications, le choix des peines, etc.

Notons que les écrits ici classifiés comme « doctrine juridique » sont pour la plupart des articles ou des chapitres de livres juridiques qui font des commentaires, parfois assez brefs, sur la loi contre la torture. Autrement dit, il ne s'agit pas de textes d'analyse en profondeur du droit pénal, de

théories de la peine ou même de théories du droit, comme on peut en trouver dans les manuels de droit, par exemple.

On trouve chez les juristes des commentaires non juridiques, ou du moins non *strictement* juridiques, comme ceux sur la faible application de la loi par les tribunaux (citation n° 58 et 59) et sur le fait que la société accepte la torture ou, du moins, est de connivence avec ceux qui la pratiquent lorsqu'elle a de présumés bandits comme objets (citation n° 59).

58	Les récentes études sur la torture contre des prisonniers révèlent la nécessité d'améliorer de plus en plus les mécanismes de contrôle, surtout de contrôle externe, de tout ce qui se passe à l'intérieur des postes de police, parce que ce n'est pas acceptable que deux ans après la promulgation de la loi, il y ait aussi peu de poursuites pénales contre les policiers tortionnaires (...). Marcelo Lessa Bassos, Poste de police, plus jamais, 1/10/99, *O Globo*, p.7.	(Juriste dans le média) La sous-utilisation de la loi
59	Quelle est la raison de l'inefficacité de la loi contre la torture? Pourquoi a-t-on une loi et que les opérateurs du droit ne l'appliquent pas comme on devrait s'attendre? (...) La violence criminelle, la force de la fonction pénale de l'État et l'identification des groupes sociaux assujettis à la poursuite pénale se sont traduites par une légitimation publique de la violence policière et par la défense de mesures punitives de plus en plus graves (...) Les dénonciations de torture contre les prisonniers ne génèrent pas dans la société le même impact et la même répugnance que les autres violences pratiquées contre les « bonnes personnes. Farias, Maria Eliane Menezes de (2000) Mécanismes de punition et de prévention de la torture, *Revista CEJ*, n.14, Brasília, mai/ago 2001.	

La grande majorité des juristes se disent très favorables à la loi. Les défauts techniques ne sont pas problématiques au point d'exiger la révocation de la loi : au contraire, l'existence de cette dernière est vue comme un fait juridique tellement important, notamment dans le domaine de la défense des droits de la personne, que ses problèmes sont considérés comme des questions secondaires. Les extraits suivants montrent bien cette posture, presque unanime, face à la loi :

60	En dépit des objections faites dans cette brève analyse de la nouvelle loi contre la torture, on pense que le Brésil a fait un grand pas vers ce que Norberto Bobbio affirme être le parcours fondamental dans le domaine des droits de la personne (...). Shecaira, Sérgio Salomão (1997) Quelques notes sur la nouvelle loi contre la torture. *Enfoque jurídico*, abril-maio, 1997.	Importance de la loi

61	Aujourd'hui le Brésil est rendu meilleur; la loi 9455/97 a été approuvée et sanctionnée. En tant que construction humaine qui émerge dans un moment de contrainte nationale face aux images de Diadema, elle peut contenir des imprécisions ou même des impropriétés. Mais c'est un avancement: la TORTURE est, finalement, un CRIME! Lima, Mauro Faria de (1997) *Le crime de torture*. 1e édition, Brasília Jurídica.	Importance de la loi

62	(...) il est toujours préférable, en matière de torture, d'avoir une figure typique qui puisse être améliorée que le vide typologique. La simple existence du type *torture* constitue déjà un progrès énorme dans le domaine de la défense des droits de la personne (...). Franco, Alberto Silva (1997) Torture. Brèves notes sur la loi 9455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 19, juillet-septembre de 1997.	Importance de la loi

En ce qui a trait à une vision sur les peines, on trouve dans la doctrine un « apparent » double mouvement : d'une part, il y a un courant qui semble être très favorable à l'adoucissement d'un article de la loi de protection des enfants (Statut de l'enfant et de l'adolescent), rendu possible par la loi contre la torture. D'autre part, on trouve des opinions contraires qui vont défendre la révocation de certains articles de la loi contre la torture, justement pour rétablir les paramètres antérieurs (plus graves) de punition de la torture contre les enfants.

Ainsi, les peines pour le crime de torture suivie de mort contre les mineurs (15 à 30 ans de prison), prévues dans le Statut de l'enfant et de l'adolescent (« Estatuto da Criança e do Adolescente »[30]) étaient considérées par certains juristes comme trop graves, voire irrationnelles. La loi contre la torture de 1997 a révoqué cet article en prévoyant une peine spécifique pour la torture commise contre les enfants : la « peine-base » est de 8 à 16 ans de prison, augmentée de 1/6 à 1/3. D'après plusieurs juristes, cette réduction imposée par la loi contre la torture est vue comme un avancement.

63	Il est incohérent l'argument que la nouvelle loi contre la torture punit moins sévèrement la torture contre l'enfant ou l'adolescent lorsque le résultat est la mort. La peine du Statut de l'enfant et de l'adolescent	Critique des peines excessives prévues

[30] L'ECA (loi 8069/90) est le nom connu du Statut de l'enfant et de l'adolescent au Brésil, qui contient plusieurs normes de protection de l'enfance et de la jeunesse. Il s'agit d'un ensemble de règles de nature civile ainsi que pénale. Ce Statut contient des dispositions relatives à plusieurs crimes contre les mineurs. Le crime de torture contre les mineurs a été révoqué par la loi contre la torture.

	(ECA) était de 15 à 30 ans; la peine pour la torture contre les enfants était irrationnelle, disproportionnelle. Il s'agit de crime "preterintentionnel"[31]. L'ECA punissait un crime "preterintentionnel » avec une peine plus grave que la peine du crime d'homicide du Code criminel. (Gomes, Luiz Flávio (1997), Lei 9455/97 (Torture): premières notes interprétatives. *Themis,* Revista da ESMEC, Fortaleza, vol. 1, n.1, 1997)	par l'ECA
64	(...) la sanction prévue pour la torture, dans le Statut de l'enfant et de l'adolescent, de 15 à 30 ans de prison, équivalait à un vrai excès punitif. (...) Concéder une protection pénale plus sévère aux délits « preterintentionnels » est une absurdité inacceptable. La peine de réclusion d'après la loi contre la torture, de 8 à 16 ans de prison pour la torture commise contre les enfants (...) est plus correcte que la sanction de l'article de l'ECA. Franco, Alberto Silva (1997) Torture. Brèves notes sur la loi 9455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 19, julho-setembro de 1997.	Critique des peines excessives prévues par l'ECA

Dans le même dessein d'appuyer des aspects vus comme libéraux de la loi (comme la diminution de la peine pour la torture pratiquée contre les enfants), on trouve aussi une réception positive de la part des juristes au fait que la loi contre la torture a ouvert le chemin pour le changement de régime (voir note 12) d'un condamné à une peine de prison, garantie procédurale interdite pour toute la catégorie des crimes haineux.

65	La loi contre la torture est un avancement pour avoir résisté à la tentation démagogique de donner au crime de torture le titre de haineux (...) La loi qu'on examine, au contraire, détermine que la peine à purger le soit en régime fermé seulement au début, de sorte à respecter le principe d'individualisation de la peine (...). (Dias, José Carlos (1997) Réflexions rapides sur la loi contre la torture. *Enfoque jurídico*, avril-mai, 1997)	En faveur du changement de régime

Ces extraits peuvent donner l'impression (trompeuse) que les juristes adoptent une attitude « moins punitive » par rapport aux peines, du moins si on la compare avec les opinions obtenues des médias. Mais en fait, cette conclusion (trop rapide) ne peut être tirée. J'ai aussi trouvé chez les juristes des critiques diversement formulées sur la tolérance de la loi. On y voit, par exemple, une critique sévère à l'extension de la possibilité de changement de régime aux crimes haineux. Dans le

[31] *Crime « preterintentionnel »* (en portugais « crime preterdoloso ») : c'est une catégorie de crimes, définie par la doctrine pénale brésilienne, qui identifie des crimes pour lesquels le résultat de l'action n'est pas voulu par l'agent dont le comportement a néanmoins été la cause ou a contribué à l'achèvement du résultat. C'est le cas du crime de lésions corporelles suivies de mort (considéré comme un crime « preterintentionnel»), crime pour lequel l'agent originellement ne voulait pas tuer la victime, mais à cause des lésions qu'il lui a infligées, la victime est finalement décédée.

passage suivant on lit la préoccupation d'un juriste conscient du fait que la loi contre la torture peut adoucir le système de peines des crimes haineux, avec l'ouverture au changement de régime dans le cas de la torture. Comme la torture est considérée, elle-même, un crime haineux, et que la loi ouvre la possibilité du changement de régime pour ceux qui ont été condamnés pour crime de torture, quelques juristes ont trouvé dangereux que des tribunaux commencent à appliquer cette nouvelle règle pour les autres crimes haineux (homicide qualifié, enlèvement, viol, etc.)

66	Bon, la loi 9544/97 est née pour encadrer seulement le crime de torture, et on ne peut pas étendre ses normes légales aux autres crimes haineux et déconstruire l'article 2, 1° de la loi contre les crimes haineux qui traite du fait de purger sa peine intégralement en régime fermé. Ces autres crimes ont un signification beaucoup plus ample et sont très différents de la torture. Stoco, Rui (1997) La torture comme figure typique autonome. *Enfoque jurídico*, avril-mai, 1997.	Limiter l'extension des bénéfices de la loi contre la torture

Le même vaut pour la question de la diminution de la peine de torture contre les enfants (prévue dans le Statut de l'enfant et de l'adolescent), rendue possible par la loi contre la torture. J'ai trouvé des opinions fort contraires à un tel changement dans la législation pénale:

67	C'est vrai que les peines initiales pour la torture contre les enfants et les adolescents peuvent, selon la loi contre la torture de 1997, être augmentées jusqu'à la limite de 10 ans, mais lorsqu'on vérifie quelles sont les peines prévues dans les cas de torture suivie de mort, on observe que le tortionnaire est sorti gagnant avec la nouvelle loi qui détermine une peine moins sévère (...) Il faut corriger ce défaut génétique de la loi 9455/97 le plus vite possible (...). Lopes, Mauricio Antonio Ribeiro (1997) Les enfants et la loi contre la torture. *Revista Consulex*, ano 1, n. 10, octobre/ 1997.	Corriger la diminution des peines

Une autre critique qui est apparue quant à la tolérance de la loi aborde le supposé paradoxe établi entre les peines encourues pour crime de torture suivie de mort (de 8 à 16 ans de prison) que prévoit la loi contre la torture et les peines d'homicide commis avec torture, prévues dans le Code pénal (12 à 30 ans de prison).

68	Néanmoins, celui qui enlève la vie de quelqu'un en recourant à la torture est passible (...) d'une peine maximale de 21 ans et 4 mois de réclusion, tandis que quiconque enlève la vie de quelqu'un en se servant de poison, de feu ou d'explosif (...) peut recevoir une peine pouvant atteindre 30 ans de prison, pour homicide qualifié. (...) Outre le paradoxe et la logique contradictoire, ce fait viole le principe constitutionnel de l'équité. Stoco, Rui (1997) La torture comme figure typique autonome. *Enfoque jurídico*, avril-mai, 1997.	Peine pour homicide avec torture vs. peine de torture suivie de la mort

Toutefois, le contrepoint d'une telle opinion (contre le fait que la loi contre la torture ait imposé une peine pour le crime de torture suivie de mort qui soit moins lourde que la peine pour d'homicide qualifié) émerge aussi de la doctrine. Dans la citation qui suit, on lit un juriste qui va justement distinguer deux types de crimes (homicide avec torture et torture suivie de mort) du point de vue de la doctrine pénale :

69 | (...) le crime de torture qualifié par la mort a été équivoquement égalé par le Statut de l'enfant et de l'adolescent à l'homicide qualifié (...). Mais la réduction de la peine de torture suivie de mort (...) découle de l'observance du principe de la proportionnalité (...) vu qu'il est évident qu'on ne peut pas donner le même traitement à l'homicide qualifié et au crime de torture se soldant par la mort comme une conséquence non voulue.
Assis Toledo, Franciso de (1997) Le crime de torture. *Enfoque jurídico*, avril-mai, 1997.

Selon cet extrait, il s'agit de deux crimes de gravité différente: le crime d'homicide, commis avec l'emploi ou non de la torture contre la victime, visait en premier lieu la *mort* de la victime tandis que le crime de torture présuppose uniquement l'intention de *torturer* quelqu'un, dont la mort est une conséquence non voulue ou au moins non attendue. D'où la conclusion qu'il est raisonnable d'avoir une peine moins grave pour le crime de torture suivie de la mort que pour le crime d'homicide avec torture.

Dans ces deux derniers extraits on observe l'utilisation tant du principe de l'équité (citation n° 68) que du principe de la proportionnalité (citation n° 69). Dans la citation n° 68 le principe de l'équité est utilisé pour justifier des peines plus sévères, tandis que dans la citation n° 69 le principe de la proportionnalité est invoqué pour justifier une diminution des peines. Ce que je veux montrer ici est que ces principes, originalement conçues pour « protéger » le citoyen contre les abus de l'État, peuvent être utilisés tant dans le sens de rendre la législation pénale plus sévère que dans le sens de la rendre moins sévère ou plus libérale. Il s'agit de principes « bidirectionnels » (Pires et Garcia, 2007 : 294-296), qui ne gardent aucun lien ontologique avec une seule vision sur le droit criminel et la punition.

Une autre question qui apparaît d'une façon marquée dans la doctrine juridique est la présence des théories modernes de la peine, notamment la théorie de la dissuasion. Des énoncés

centraux de ces théories, telle l'idée de certitude de la punition, apparaissent assez souvent dans les articles, en dépit d'un manque de discussion approfondie sur les peines et sur leurs justifications :

70	La peine revêt un caractère rétributif/préventif, tandis que la mesure de sécurité[32] est seulement préventive : la première est basée sur la culpabilité de l'individu, tandis que la deuxième est basée sur sa dangerosité. Maintenant il reste à attendre l'application de la loi, car ce qui fait diminuer la criminalité n'est pas l'édification de normes rigides, mais la certitude qu'elles seront appliquées et que les illicites seront correctement enquêtés et les coupables sévèrement punis. Rocha Neto, Antônio Hortêncio (1997) Loi contre la torture. Analyse et commentaire sur la loi n.9455/97. *Ciência Jurídica,* ano XII, Vol 76, juillet-août 1997.	Certitude de la punition
71	La loi contre la torture vaut plus par sa valeur pédagogique, prophylactique que par un quelconque caractère innovateur en termes de la criminalisation de comportements. Ce qui a changé a été le critère de pénalisation. Et comme il arrive toujours, le caractère émotionnel exacerbe les peines. (...) Et cette vision nous fait oublier que l'important est la certitude de la punition, sans exagération, juste et si possible sans la suppression de la liberté. Dias, José Carlos (1997) Ligeiras reflexões sobre a Lei de tortura. *Enfoque jurídico,* avril-mai, 1997.	Certitude de la punition

Rappelons ce que Beccaria disait à propos de la certitude de la peine : « ce n'est pas la rigueur du supplice qui prévient le plus sûrement les crimes, c'est la certitude du châtiment » (Beccaria, 1764 : 46). Ceci est un des énoncés centraux de la théorie de la dissuasion, qui implique que les tribunaux doivent appliquer la peine de façon rigide et infaillible, de sorte que le message sur l'interdiction du comportement soit bien transmis. Comme la théorie de la dissuasion part du présupposé que l'individu fait des calculs rationnels du type « coût/bénéfice » avant d'avoir un comportement interdit pénalement, l'application de la sanction est une partie du schéma « comportemental » qui ne peut pas être absente, sinon une autre compréhension des faits va émerger et les individus vont commencer à recalculer le bénéfice du crime (« maintenant il vaut la peine d'adopter telle ou telle conduite ») (voir chapitre I, section 2).

L'importance de la gravité des peines apparaît elle aussi dans les articles de la doctrine:

[32] La « mesure de sécurité », dans le droit criminel brésilien, correspond à la réponse donnée par l'État aux personnes qui ont commis des crimes mais que l'on considère comme incapables de juger leurs propres actions (les malades mentaux, par exemple).

72	Jusqu'à aujourd'hui la torture était punie par la législation pénale comme étant un crime soit de lésions corporelles, soit de contrainte illégale ou d'abus d'autorité, et toujours accompagné de peines ridicules. (Lopes, Mauricio Antonio Ribeiro (1997) Les enfants et la loi contre la torture. *Revista Consulex*, ano 1, n. 10, octobre, 1997)	

La gravité de la peine, notamment de la peine de prison, est plutôt reliée à la quantité de souffrance que cette peine peut infliger. Plus grande est la souffrance générée, plus fort serait le pouvoir ou la capacité dissuasive de la peine. Cependant, dans le cas de l'extrait transcrit ci-haut, il est difficile de dire si on est en présence de l'actualisation de la théorie de la dissuasion ou de la théorie de la rétribution, qui elle aussi suppose la souffrance et des peines afflictives. Rappelons que d'après cette dernière théorie, on doit rétribuer le mal avec le mal, c'est-à-dire rétribuer le mal causé par le comportement avec la souffrance de l'individu. Dans le cas du crime de torture, si c'est la théorie de la rétribution que l'auteur actualise, la souffrance (peine) causée comme conséquence du recours juridique aux crimes de lésions corporelles ou de contrainte illégale pour punir les cas de torture n'est pas assez sévère pour rétablir la justice ou l'intégrité de la société, déstabilisée par la pratique de la torture contre l'un de ses membres.

Dans les extraits qui suivent, on observe l'idée d'inhiber, d'empêcher, de prévenir le comportement à travers la loi (et la peine).

73	La simple existence du type *torture* constitue déjà un progrès énorme pour la défense des droits fondamentaux (...) et représente un facteur psychologique capable de réduire, ou même, d'arrêter l'activité délictuelle des tortionnaires qui agissaient sous la garantie d'impunité. Franco, Alberto Silva (1997) Torture. Brèves notes sur la loi 9455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 19, julho-setembro de 1997.	Dissuasion
74	Il s'agit d'une loi pionnière au pays, qui mérite toutes les louanges. À partir de l'entrée en vigueur de la loi contre la torture, les autorités policières brésiliennes seront sûrement plus prudentes dans la sélection des méthodes d'investigation et de conduite des enquêtes. Assis Toledo, Francisco de (1997) Sur le crime de torture dans la récente loi 9455/97. in: Camargo Penteado, Jacques (coord) *Justice Pénale – 5*. Editora Revista do Tribunais.	Dissuasion
75	En fin de compte, c'est une naïveté de penser que la législation pénale n'a pas d'effets réels en matière de prévention. On se plaint que le législateur ait atténué le concept de torture au moment où il a modifié le régime d'exécution de la peine, de sorte à rendre possible le changement de régime de peine pour le détenu (...) Il ne vaut rien une législation parfaite et achevée, qui comprend tous les mécanismes de prévention et de	Efficacité dissuasive d'une loi sévère Certitude de la punition

répression, sans son effective application et observance de la part des opérateurs du droit (...).
Renner, Mauro Henrique (2000) Mécanismes de punition et de prévention de la torture, *Revista CEJ*, n.14, Brasília, mai/août 2001.

Vu que les termes: « prévenir », « inhiber », « contraindre » ou « arrêter» le comportement, se réfèrent tous à l'idée de détourner le(s) délinquant(s) potentiel(s) de l'action (criminelle) par le moyen de la menace de la peine de prison, je vais les considérer comme faisant partie de la théorie de la dissuasion du droit pénal. Dans ces extraits, on fait toujours mention de la loi contre la torture ainsi que de la peine de prison qui y est inscrite, de sorte qu'il n'y a pas de raison de penser qu'ils pourraient se référer à la dissuasion du comportement en infligeant une autre sanction quelconque. Au contraire, dans la citation n°75, on lit même une critique à l'effet que la loi n'est pas assez sévère en ce qui concerne la relativisation du régime d'exécution de la peine.

En terminant, je voudrais insister sur le fait qu'on trouve aussi dans la doctrine un autre type de formulation de l'idée de la prévention du crime de torture qui ne concerne pas la théorie de la dissuasion en tant que théorie de la *peine*. La prévention dans les communications suivantes concerne plutôt l'adoption de quelques initiatives au niveau de la manière de conduire l'investigation criminelle ou la procédure judiciaire, notamment lorsqu'il s'agit des actions qui touchent directement l'activité policière : mais elles ne touchent pas la question des peines.

76 (...) je considère que les mécanismes de prévention de la torture seront fortifiés avec le respect des droits fondamentaux suivants : d'être conduit le plus tôt possible devant une autorité judiciaire, d'être examiné par un médecin, d'avoir accès à un avocat, de garder la communication avec le monde extérieur, d'obtenir la supervision des endroits de détention et de garde, et l'évaluation judiciaire de la détention.
Maia, Luciano Mariz (2000) Mécanismes de punition et prévention de la torture, *Revista CEJ*, n.14, Brasília, mai/août 2001.

77 La rigueur dans le traitement du crime, l'isolement, ne produira pas les effets désirés. Des mesures de nature sociopolitique combinées à la rééducation des policiers et de notre propre population, aideront à combattre la torture.
Renner, Mauro Henrique (2000) Mécanisme de punitions et prévention de la torture, *Revista CEJ*, n.14, Brasília, mai/août 2001.

Bref, en dépit des nombreuses critiques de la loi formulées par la doctrine juridique, notamment de nature « technique » celle-ci n'arrive pas à élaborer une critique de fond, c'est-à-dire à se lancer dans une réflexion solide sur le problème en question (l'existence de la torture), sur les solutions trouvées et leurs justifications. Les juristes ne semblent pas être complètement satisfaits du

texte de la loi, mais ils ne trouvent pas non plus de raisons suffisantes pour l'abolir. Il n'y a aucun questionnement sur la nécessité/ l'utilité de la loi, ni non plus sur ses résultats pratiques. Les critiques sont davantage dirigées vers les aspects juridiques et seulement un petit nombre d'entre elles vont exprimer leur inquiétude au sujet des conséquences pratiques des problèmes techniques.

Au contraire, ce qu'on observe c'est la (re) confirmation de l'importance du droit criminel pour faire face à la question de la torture. Voyons ce que dit un juriste considéré comme « progressiste » dans le domaine du droit criminel par rapport à la criminalisation de la torture dans la constitution :

78 | Qu'est-ce qui aurait amené le législateur constitutionnel à envahir de façon si explicite la sphère de compétence réservée normalement au législateur ordinaire? D'un côté la considération que certains biens juridiques, par leur importance, devraient être garantis grâce à une protection pénale adéquate ; (...) d'autre part, la considération que le droit criminel est le seul instrument de contrôle formel et adéquat qui assure une garantie efficace des biens juridiques mentionnés. De ce fait, on peut affirmer que l'incrimination de la torture ne représentait pas seulement un jugement portant sur la question pour le condamné de mériter ou non l'infliction d'une peine, mais surtout, un jugement sur la nécessité de ladite peine pour la société.
Franco, Alberto Silva (1997) Torture. Brèves notes sur la loi 9455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 19, juillet-septembre, 1997.

IIIe PARTIE- LES PROJETS DE LOI CONTRE LA TORTURE ENTRE 1980 ET 2007

Pour cette recherche, j'ai réuni 29 projets de loi qui traitaient du thème de la torture, soit pour définir le crime et les peines correspondantes (avant 1997), soit pour modifier la loi déjà existante (après 1997). Ici, je compte seulement les projets lorsqu'ils ont été présentés pour la *première* fois au Parlement, c'est-à-dire que je ne considère pas les *re*présentations des projets quand leur contenu (le texte de la loi et la justification) n'est pas nouveau. J'ai trouvé aussi quelques projets qui vont traiter du thème de la torture, mais sur d'autres aspects: le projet 2077/91, par exemple, va parler de la définition des peines sévères pour des crimes graves, y compris la torture, tandis que le projet de loi 85/88 va traiter de la nullité des preuves obtenues en ayant recours à la torture.

3.9 Les projets entre 1980-1996

Pour la période antérieure à la promulgation de la loi 9455 de 1997, j'ai trouvé 11 projets de loi formellement présentés au Parlement et dont l'objectif premier était de définir le crime de torture et, éventuellement, d'autres crimes contre l'humanité. De ces 11 projets, 6 ont leur origine à la Chambre des députés, 4 au Sénat et 1 provient du Pouvoir exécutif. Si on fait une recherche au Parlement, on va trouver d'autres projets de loi portant sur le crime de torture pendant cette période, mais ils sont en fait des « re-propositions » d'un de ces 11 projets, de sorte que le contenu même du texte de la loi ne change pas par rapport à la version originale.

Pour ce qui est de l'identité politique, j'ai classifié 8 projets comme provenant de politiciens/partis de gauche, 2 du centre et 1 émanant de la droite. J'ai considéré comme étant de *gauche* les politiciens appartenant à des partis tels le Parti de travailleurs (PT), le Parti socialiste (PSB), le Parti démocrate travailliste (PDT), le Parti populaire socialiste (PPS) (ex- Parti communiste - PC) et le Parti communiste du Brésil (PC do B); de *centre* les partis tels le Parti du mouvement démocratique brésilien (PMDB), le Parti de la sociale-démocratie brésilienne (PSDB), le Parti travailliste brésilien (PTB) et le Parti libéral (PL); et finalement de *droite* les partis tels le Parti progressiste (PP) et les Démocrates (DEM) (ancien Parti du front libéral - PFL)[33].

[33] Cette classification des partis (droite, centre, gauche) a pris comme critères : 1) les autoportraits des partis eux-mêmes, c'est-à-dire la manière dont les partis se présentent sur la scène politique ; 2) la manière dont la littérature en sciences politiques les aborde ; 3) les portraits que le *public* se fait de chaque organisation.

Évidemment qu'une telle classification comporte des risques et peut contenir des imprécisions ou même des distorsions, vu qu'on ne peut pas contrôler les intentions « réelles » de chaque politicien ou même de chaque parti lorsqu'ils présentent un projet de loi. Cependant, rappelons que je suis en train de travailler avec les communications et non avec les acteurs, de sorte que tout ce qui se passe dans les systèmes psychiques des acteurs n'est pas pertinent pour ce travail. Par ailleurs, lorsqu'un parti ne désavoue pas expressément un projet de loi ou quelque communication de l'un des ses membres, il est en train de les accepter et de les intégrer dans ses réseaux officiels de communication; une communication appartenant à un parti de gauche est ainsi une communication de gauche ou progressiste. Autrement dit, on peut traiter les projets (ou les communications) non discrédités comme des indicateurs empiriques du parti.

Tous ces projets avaient comme but premier de définir la torture, même s'ils utilisent parfois d'autres termes pour nommer le crime. Ainsi, un des projets (PL 2710/80) va inclure la torture dans le type pénal de « violence arbitraire », déjà prévu dans le Code pénal (article 322, CP) ; un autre (PL 5714/81) a placé la torture dans le crime des « mauvais traitements », lui aussi prévu dans le Code pénal (article 136, CP). Toutefois, dans des cas comme ceux-ci, où la torture n'apparaît pas dans le type, il devient clair à la lecture de la justification que l'intention du parlementaire était d'incriminer la torture à travers un autre crime.

Dans d'autres cas, le crime de torture va apparaître dans un texte qui vise à définir plusieurs crimes contre l'humanité ou contre l'ordre démocratique, comme c'est le cas du projet de loi 4783/90. Le crime de torture compte alors au rang des nombreuses violations contre l'humanité, tels le terrorisme ou le génocide.

Tableau 3.5
Projets de loi présentés avant 1997

	PROJETS/ ANNÉE	ORIENTATION POLITIQUE	DÉFINITION DU CRIME	JUSTIFICATIONS (Idées clés)	PEINES SUGGÉRÉES
AVANT LA CONSTITUTION	PL 2710/80	GAUCHE (MDB/RJ)	« Violence arbitraire », dans le Code pénal	Moyens efficaces (lois sévères) pour combattre la torture	Torture simple: 2 à 5 ans de prison Torture qualifiée: 10 à 25 ans
	PL 5714/81	GAUCHE (MDB/RJ)	« Mauvais traitements », dans le Code pénal	Rigueur de la loi pénale	Torture simple : 4 à 12 ans de prison Torture qualifiée : 6 à 20 ans de prison
	PL 207/86	GAUCHE (PSB)	« Torture », crime autonome	Dissuader la pratique de la torture	Torture simple : 3 à 6 ans de prison Torture qualifiée : 5 à 10 ans Torture suivie de la mort : 12 à 30 ans de prison
APRÈS LA CONSTITUTION	PL 84/88	CENTRE (PMDB/MG)	« Torture », crime autonome	Définition du délit avec précision Perfectionner le système juridique de protection des droits fondamentaux	Torture simple : 15 à 20 ans de prison + amende Torture qualifiée : 20 à 25 ans de prison + amende Torture suivie de la mort : 30 ans de prison + amende
	PL 371/89	CENTRE (PSDB/PR)	Définition de la torture, et des autres crimes prévus dans l'article 5, incise XLVIII de la Constitution	Mieux définir le comportement	Pas de peines prévues

PL 4783/90	CENTRE (PMDB/MG)	Définition de « Torture » (et d'autres crimes contre l'État démocratique et l'humanité)	Définir les crimes contre l'humanité	Torture simple : 3 à 6 ans de prison Torture qualifiée : 4 à 8 ou 5 à 10 ans de prison Torture suivie de la mort : 12 à 30 ans de prison
PL 873/91	CENTRE (PMDB)	« Torture », dans un chapitre autonome du Code pénal sur les crimes contre la dignité humaine	Crime plus grave que les lésions corporelles, crime contre la dignité humaine	Torture simple : 6 à 12 ans de prison Torture qualifiée : 8 à 16 ans de prison Torture suivie de la mort : 15 à 30 ans de prison
PL 2464/91	GAUCHE (PT/SP)	« Torture », dans l'article 129 du Code pénal (lésions corporelles)	Crime contre l'humanité pour lequel l'absence de loi a eu l'impunité pour conséquence	Torture simple : 5 à 10 ans de prison Torture qualifiée : 8 à 20 ans de prison Torture suivie de la mort : 20 à 30 ans de prison
PL 2462/91	GAUCHE (PT/SP)	Définition de « Torture » et d'autres crimes contre l'humanité et l'État démocratique	Les crimes contre l'État démocratique et l'humanité sont différents des crimes communs	Torture simple : 3 à 6 ans de prison Torture qualifiée : 4 à 8, 5 à 10 ou 6 à 12 ans de prison
PL 1035/91	GAUCHE (PDT/RJ)	« Torture », crime autonome	L'impunité du crime de torture incite à violer les droits de la personne Application de la Constitution et des traités internationaux	Torture simple : 3 à 8 ans de prison Torture qualifiée : 5 à 15 ou 12 à 24 ans de prison Torture suivie de la mort : 25 à 30 ans de prison
PL 190/95	DROITE (PFL/MT)	« Torture », crime autonome	Garantir la protection des droits de la personne Décourager les tortionnaires	Torture simple : 3 à 6 ans de prison Torture qualifiée : 4 à 8, 5 à 10 ou 6 à 12 ans de prison Torture suivie de la mort : 12 à 30 ans de prison

Voici quelques brèves remarques sur ce tableau. D'abord, quant à leur orientation politique, il est à noter que la plupart des propositions de lois pour incriminer la torture ont été faites par des politiciens de gauche ou du centre. Un seul projet a été proposé par un politicien de droite. Toutefois, pour ce qui est des peines, je n'ai pu remarquer une différence importante quant à leur sévérité en fonction de l'orientation politique de l'auteur du projet. D'ailleurs, le projet dont les peines sont les plus sévères vient d'un politicien du centre (PL 84/88).

Les deux projets où les peines sont un peu plus basses comparativement aux autres (2710/80 et 5714/81), notamment celles de torture suivie de la mort (10 à 25 et 6 à 20 ans de prison, respectivement) datent du début des années 1980, quelques années avant la promulgation de la Constitution (1988). Ceci m'amène à soulever l'hypothèse que ces deux projets ont échappé à l'obligation de réglementer un crime prévu constitutionnellement.

Rappelons que l'article 5 de la Constitution – article comprenant les droits et garanties individuels a prévu dans l'incise XLIII l'existence du crime de torture ainsi que quelques limitations procédurales (tel le cautionnement) relatives à certains crimes (la torture, le trafic de drogues et les crimes haineux). Dans une section précédente de ce chapitre, j'ai soulevé le paradoxe contenu dans un tel dispositif constitutionnel qui a créé des crimes et des limitations procédurales au nom de la protection des droits fondamentaux. Bien entendu, dans ledit article de la Constitution, il n'y avait pas de peines prévues, ce qui dut être déterminé postérieurement par une loi pénale. Dans le projet datant de 1986 (PL 207/86), les peines pour la torture suivie de la mort sont de 12 à 30 ans de prison. En 1986, deux ans avant la promulgation officielle de la Constitution, quelques débats parlementaires sur la nouvelle Charte avaient déjà eu lieu, de même que la discussion sur la ratification du traité international des Nations Unies contre la torture, de 1985. À partir de mes données, il est difficile de dire si ce projet (207/86) fut effectivement influencé par la norme constitutionnelle de la torture, bien que cette hypothèse me semble la plus probable.

En tout cas, il est quand même intéressant de remarquer que dans tous les projets de loi qui ont été déposés avant 1997 (date de la promulgation de la loi contre la torture), les peines pour le crime de torture suivie de la mort ne sont dans la plupart des cas plus basses que celles de 12 à 30 ans de prison (sauf les cas mentionnés : projets 2710/80 et 5714/81). En outre, à côté de ces influences législatives, il faut considérer que jusqu'à 1985, le Brésil vivait encore sous la

dictature militaire, de sorte que les mouvements contre la torture prenaient force petit à petit. Ce fait peut aussi expliquer pourquoi les peines, même si elles étaient déjà graves, n'étaient pas aussi dures que dans les projets subséquents.

Le seul projet où il n'y a pas de peines spécifiquement prévues pour la torture est le PL 371/89. Dans ce projet, on lit tout simplement la définition du crime de torture, à côté des définitions du crime de trafic de drogues et du crime de terrorisme. Dans ce cas alors, il n'y a aucune norme de sanction mise en rapport avec le crime de torture; le projet va simplement dire que pour ce crime (ainsi que pour le trafic de drogues et le terrorisme), les peines correspondantes sont celles décrites dans la législation en vigueur au pays. Fait curieux à noter, ce projet prétendait rendre possible l'application de l'article 5, XLII, de la Constitution – article qui a justement institué les crimes de torture, trafic de drogues et terrorisme. Néanmoins, ni la torture ni le terrorisme n'avaient à ce moment une norme dans la législation pénale, moins encore de peines spécifiques. De ce fait, même si le projet avait été approuvé, les deux crimes (torture et terrorisme) continueraient concrètement à laisser leurs auteurs sans punition.

Quant aux motivations données pour la proposition de ces projets de loi, j'ai trouvé deux types d'arguments centraux. D'abord, il y a l'argument, que je dirais plus « pratique », qui soutient l'importance d'un crime spécifique de torture pour dissuader/inhiber le comportement. D'autre part, j'ai trouvé un argument de nature plus symbolique, ou déclaratoire, où l'objectif du projet de loi serait le perfectionnement du système juridique dans le sens de définir la torture comme un crime contre la dignité humaine, en le distinguant d'autres comportements moins graves, telles les lésions corporelles. Bref, on confirme l'existence des deux expectatives mentionnées dans la dernière section concernant la création du crime de torture : d'un côté, il y a la prétention de valider l'attente que la torture n'est pas acceptée (accent sur la dimension de réprobation du comportement) et, de l'autre, il y a l'expectative de solution du problème concret de la torture à travers l'effet de dissuasion de la peine (accent sur la dimension de répression du comportement).

Dans toutes les justifications des projets, on trouve soit un ou les deux arguments mis ensemble.

79	Ce projet de loi fut élaboré en tenant compte des suggestions envoyées par un illustre avocat de Rio de Janeiro qui disait que « égaliser, dans l'exécution de la peine, les crimes de torture et de lésions corporelles, est une ignominie et un contresens, une faveur insolite et inacceptable faite aux bourreaux obstinés et aux tortionnaires habituels ». En effet, le Parlement a besoin de légiférer sur le sujet et de donner à la Justice des moyens efficaces de combattre cette monstrueuse plaie de la société contemporaine. (...) la société est insécurisée face à la violence de certaines autorités et exige ainsi de ses représentants l'adoption de lois sévères qui puissent réprimer les attentats brutaux qui sont pratiqués contre la vie, la liberté, l'inviolabilité et, surtout la dignité de la personne humaine. Justification du projet de loi 2710/80.	

L'argument de la dissuasion apparaît encore plus clairement dans les extraits ci-dessous, tous en référence au projet de loi 207/86 :

80	Les législations pénales, du moins les plus modernes, n'ont pas l'habitude de prévoir la torture comme un crime autonome. Là où l'opinion publique a droit de parole, les tortionnaires courent le risque d'être arrêtés en flagrant délit et d'être soumis au moins à la crucifixion publique. Mais même dans des pays comme ceux-ci, il est nécessaire qu'une loi définisse cette infraction pénale ou dissuade de la commettre. Justification au projet de loi 207/86.	Dissuasion
81	La décision en question est très opportune car le texte constitutionnel se réfère expressément à l'acte de la torture pour le considérer comme un délit sans possibilité de caution. (...) Par ailleurs, en tenant compte du fait que les mesures suggérées constituent des mécanismes inhibitoires de la pratique des actes qui violent les droits de la personne, un des piliers de l'État démocratique, (...) il est impératif de transformer la torture en crime selon la loi. Rapport n° 15 de 1989, de la Commission de Justice du Sénat, en référence au projet de loi 207/86.	Dissuasion

Reliées à cet argument de la dissuasion, les citations suivantes comptent parmi celles qui mentionnent l'idée d'« impunité » :

82	En fait, plus qu'un crime contre l'intégrité physique ou contre la vie, cette authentique forme de terreur constitue un délit contre l'humanité. (...) Ainsi, le présent projet de loi a comme but de fournir à la Justice un outil légal d'incrimination de cette pratique tellement répugnante qui, en raison de l'inexistence de loi, a généré l'impunité absolue dans notre milieu social. Discussion au Sénat autour du projet de loi 2464/91.	Impunité

83	(...) Il reste un trou dans la législation pénale en vigueur, trou par lequel transitent virtuellement sans être molestés de mauvais policiers et des tortionnaires obstinés. Cette situation ne peut pas continuer, en plus lorsqu'on sait que l'impunité, dans ce cas, est un facteur spécial de motivation de violation des droits de la personne. Au-delà du fait d'être moralement intolérable, cette situation place le Brésil dans une position gênante face aux nations civilisées. Discussion au Sénat autour du projet de loi 1035/91.	Impunité

L'idée d'impunité en général fait référence à la non-punition de certains actes, qui devraient normalement l'être. On va ainsi parler de l'impunité de quelqu'un par rapport à un certain crime dont la responsabilité de l'acte n'incomberait pas à l'individu qui l'a commis. L'idée d'impunité rappelle un peu celle d'*immunité*, dans le sens que par rapport à un comportement déterminé, cette personne aurait l'immunité justement parce qu'elle ne serait pas punie. Or, dans les deux extraits ci-dessus, le terme « impunité » est plutôt lié à la constatation de l'absence du crime, qui a pour conséquence l'absence de punition. Le problème est que si la loi qui détermine la punition de la torture n'existe pas encore, on ne pourrait parler véritablement d' « impunité » lorsqu'il n'y a pas une « obligation » pénale de punir. On peut ainsi dire que le mot « impunité » ici est utilisé comme un *médium*, dont la forme donnée par les parlementaires dans les communications mentionnées n'est pas nécessairement la même que celle donnée dans d'autres contextes, comme celui des communications juridiques.

D'un autre côté, il y a l'argument concernant la valeur ou l'attribution de l'importance accordée au crime de torture. Ici, on serait plutôt face à l'aspect plus symbolique des raisons données pour la création du crime, des attentes plus liées à la dénonciation de la gravité de l'acte de torture :

84	(...) Nous jugeons que les crimes contre l'État démocratique et l'humanité sont différents des crimes dits communs, parce qu'ils sont davantage dirigés, d'une manière globale, contre un état de chose (comme le régime démocratique, la souveraineté d'un pays, etc.) ou contre une race, ethnie ou groupe social. Pour cette raison, ce sont des crimes qui nécessitent l'adoption d'une loi spécifique et on laisse à la législation pénale ordinaire les délits qui définissent la violation d'autres formes de vie en société. Justification du projet de loi de la Chambre des députés 2462/91.	Statut du crime Crimes contre l'humanité/ crimes communs

Dans cet extrait, l'accent semble être mis sur le statut du crime de torture, c'est-à-dire la mise en valeur du statut du crime de torture en tant que crime contre l'humanité, qui est considéré comme une conduite beaucoup plus grave que celles décrites dans les crimes « communs ». La

question ici est donc de déclarer le crime de torture comme ayant un statut plus élevé, ou plus grave, et qui lui revient.

85	(...) La torture n'est pas une lésion corporelle, même si elle est commise en causant des résultats très graves. Elle transcende l'*animus leadendi*, qui a lieu dans les situations banales d'agression entre les personnes pour, à un palier supérieur, aboutir au mépris le plus complet de l'intégrité de l'individu (...). Pour cette raison, le délit de torture doit être inclus dans un *Chapitre* autonome, dans le *Titre* qui concerne les actes pratiqués contre la *Personne humaine*. Pour cette raison, on doit avoir une peine plus grave que celle prévue pour le crime de lésion corporelle (...). (Justification du projet de loi de la Chambre des députés 837/91)	Statut du crime Crimes de torture/lésions corporelles

Dans cette justification, la préoccupation semble être la distinction entre le crime de torture et celui de lésions corporelles. Le premier, comme il est considéré beaucoup plus grave, doit non seulement figurer dans un chapitre autonome du Code criminel, mais il doit aussi être accompagné de peines beaucoup plus sévères. Bref, la question ici est de « valoriser » le crime de torture comme une conduite différenciée de celles plus « communes » qui ne violent pas aussi intensément la dignité humaine.

Dans l'extrait suivant on observe de nouveau cette préoccupation de bien définir le comportement, mais maintenant elle apparaît plutôt centrée sur l'idée de la protection des droits de la personne:

86	(...) Il était nécessaire de typifier cet acte tellement haineux (...) Néanmoins, la difficulté à élaborer un texte (...) s'est traduite par l'adoption indésirable de formules générales qui, pour cette raison même, sont incapables de définir avec la précision nécessaire le délit en question (...) Avec le projet de loi qu'on présente maintenant au Sénat, on est certain de contribuer au perfectionnement du système juridique de protection des droits fondamentaux de la personne (...). Justification du projet de loi du Sénat 84/88.

Dans cette communication, il reste un peu de doute quant à la forme que cette protection des droits de la personne doit prendre. On aurait pu présumer que la protection serait faite par l'intermédiaire des peines et de leur effet dissuasif, par exemple, vu qu'il s'agit d'une loi qui crée un crime et prévoit des peines. Néanmoins, si on prend en considération exclusivement ce que dit le passage, on observe qu'il y a ici une préoccupation relativement à la définition du type de torture, à sa description précise dans les textes législatifs. Ceci m'amène à traduire l'idée de perfectionnement du système de protection des droits fondamentaux par la nécessité de bien

définir et de bien préciser le crime, de sorte à ne plus avoir un texte trop générique qui puisse poser des doutes d'interprétation.

Quoi qu'il en soit, dans ce projet (PL 84/88) ainsi que dans tous les autres, je n'ai trouvé dans les justifications aucune référence aux peines qui seront les plus adéquates, à leur type, à leur *quantum*, etc. Peu importe le type d'argument utilisé, soit-il basé sur la dissuasion ou sur la déclaration du statut du crime de torture, une telle discussion sur les peines n'apparaît jamais. C'est comme si on tenait pour acquis qu'on n'a pas besoin d'expliquer ou de justifier les peines de prison, ou même leur quantum, lorsqu'on ajoute le terme « dissuasion » ou encore l'idée de bien définir le statut d'un crime. En résumé, il n'y a aucune préoccupation à l'endroit de la justification du choix des peines ou, encore, de l'absence de peines alternatives dans un tel cas. Je reviendrai sur ce sujet plus tard.

Dans un seul projet trouve-t-on explicitement dans la justification que la protection des droits de la personne serait faite au moyen de la peine qui aurait pour effet de dissuader le comportement. Et ce, comme je viens de le mentionner, sans entrer dans plus de détails sur la peine :

87	Le Brésil a déjà signé plusieurs traités internationaux contre la torture. (...) Les droits de la personne doivent être au-delà de la simple inscription dans l'ordre juridique; il est nécessaire d'en protéger la violation avec une peine appliquée au tortionnaire, dont le but est de le décourager de commettre n'importe quel acte cruel, lâche et inhumain. Ce projet de loi vient répondre aux demandes de nos juges et de nos tribunaux, qui ont de la difficulté à donner suite aux procès pénaux des victimes de torture, parce que ce crime est mal défini. De plus, ce projet cherche à garantir la protection des droits de la personne, que l'État a promis à la communauté internationale de réaliser (...). On demande l'approbation du présent projet de loi qui, sûrement, va contribuer à inhiber la pratique obstinée de la torture dans le pays. » (Justification du projet de loi du Sénat 190/95)	Droits de la personne protégés par la peine, à travers la dissuasion

Ces deux types de justifications à la création du crime de torture (dissuader le comportement et perfectionner le système (de protections) des droits de la personne, m'amènent à penser au concept de « vocabulaire des motifs », proposé par W. Mills (1940). Mills dit que les motifs donnés aux actions dans différents contextes sociaux ne sont jamais sélectionnés au hasard. C'est-à-dire qu'il y a un « vocabulaire des motifs » préexistant, dont on peut se servir dans des cas concrets et duquel on ne peut échapper pour construire nos propres motivations.

Dans les cas de projets de lois, il arrive la même chose : les motifs utilisés par les parlementaires vont suivre le « vocabulaire » qui est propre et adéquat à une telle situation. En effet, on ne voit dans aucune des justifications présentées un appel à la volonté de Dieu (vocabulaire religieux) ou encore, en ce qui concerne les peines, à la défense d'une sanction positive qui aurait pour but de « faire du bien » au délinquant. Chaque situation aurait ainsi une sorte de lexique approprié pour construire les motivations. Ce lexique ne comprend pas uniquement les mots ou les expressions, mais aussi les raisons ou les explications qu'on donne pour chaque situation où on a besoin de justifier son comportement.

Autrement dit, il y aurait ainsi une espèce de « champ de pertinence » auquel doivent appartenir les motifs qui apparaissent dans les projets de loi. Certaines motivations pour la création d'une loi criminelle peuvent être individuellement très pertinentes (par exemple, promouvoir la carrière d'un politicien), mais elles ne le sont pas du point de vue du système politique. Les deux arguments qui ont été utilisés pour motiver les projets de loi (dissuasion et protection des droits de la personne), l'ont été à plusieurs reprises, sans aucun discrédit direct ou même indirect. Ce fait, entre autres choses, m'amène à croire qu'il faut les considérer comme des arguments pertinents en tant que motivations d'un projet de loi criminelle, notamment d'une loi contre la torture.

La question est alors de savoir quelles sont les idées ou même les théories qui sont en arrière–plan ou qui motivent un tel « champ de pertinence » et qui finissent par déterminer quelles sont les motivations politiquement « acceptables » pour la création d'une loi criminelle et la détermination de ses peines. L'hypothèse directrice proposée par la théorie de la rationalité pénale moderne reste quand même confirmée face à l'observation empirique voulant qu'un argument comme celui de la dissuasion du comportement soit constamment utilisé en tant que motivation politiquement raisonnable pour la création d'un crime et pour la détermination des ses peines. Les idées présentes dans les théories de la peine semblent ainsi donner les frontières du « champ de pertinence » où les idées politiques à propos des peines peuvent circuler.

3.10 Les projets entre 1997-2007

Après la promulgation de la loi 9455 de 1997, 17 projets de loi ont été proposés au Parlement pour modifier la loi existante et un projet a suggéré l'ajout de la torture dans la loi

d'improbités administratives. Les modifications concernent parfois les normes de sanction, parfois les normes de sanction *et* de comportement. Aucun projet de loi ne porte exclusivement sur les normes de comportement. Un projet seulement porte (exclusivement) sur des normes de procédure. À l'exception du projet de loi n. 5.637/05, tous les autres ont proposé de rendre la loi plus sévère[34], soit en modifiant les sanctions pour les rendre plus dures, soit en rendant la définition du crime plus ample, pour inclure d'autres comportements et/ou motivations.

Regardons le tableau suivant (3.6) où je liste ces 18 projets mentionnés, et d'autres informations y afférentes telles leur Chambre d'origine (Chambre des députés – « CD » ou Sénat fédéral – « SF »), leur orientation politique selon la classification du parti à qui appartient l'auteur du texte au moment de sa rédaction (gauche, centre, droite), un résumé de la modification suggérée (et s'il s'agit d'une norme de comportement, de sanction ou de procédure) et leur justification principale donnée par le parlementaire.

[34] Rappelons que les peines de la loi contre la torture sont de 2 à 8 ans de prison pour la torture simple, 4 à 10 ans pour la torture qualifiée et 8 à 16 ans de prison pour la torture suivie de la mort.

Tableau 3.6
Projets de loi présentés après 1997

PROJETS/ ANNÉE	ORIENTATION POLITIQUE	MODIFICATION SUGGÉRÉE	TYPE DE NORME	JUSTIFICATION
PL 3913/97	CENTRE (PMDB/SP)	Restaurer article 233 de l'ECA, sur la torture contre les mineurs. Peines : torture simple – 1 à 5 ans de prison; torture qualifiée – 2 à 8 ans ou 4 à 12 ans de prison; torture suivie de la mort – 15 à 30 ans de prison).	SANCTION	Les peines pour la torture contre les mineurs dans la loi 9455/97 sont trop basses (max. de 16 ans de prison, plus l'augmentation de 1/3).
PL 3232/97	GAUCHE (PDT)	Inclure l'exécution de la peine intégralement en régime fermé et rendre le type pénal plus ample (inclure la figure de la discrimination de tous les types). Augmenter les peines : torture qualifiée : 4 à 12 ans de prison; torture suivie de la mort : 12 à 30 ans de prison.	SANCTION ET COMPORTEMENT	Rectifier des erreurs techniques en termes de dosage des peines. La réduction des peines de torture contre les mineurs est injustifiable parce que le crime est trop grave.
PL 3012/97	GAUCHE (PT/PR)	Augmenter les peines de torture contre les mineurs (rétablir les peines de l'ECA). Peines : torture simple – 1 à 5 ans de prison; torture qualifiée – 2 à 8 ans ou 4 à 12 ans de prison; torture suivie de la mort – 15 à 30 ans de prison.	SANCTION	Erreur des législateurs de mettre des peines plus basses pour la torture contre les mineurs.

PL 4107/98	GAUCHE (PT/SP)	Redéfinir le crime et augmenter les peines : torture simple : 4 à 8 ans de prison torture qualifiée : augmentation de 1/3 à 2/3 torture suivie de la mort : 8 à 30 ans de prison.	SANCTION ET COMPORTEMENT	Rendre le contenu de la loi plus proche des traités internationaux.
PL 1509/99	CENTRE (PSDB/MT)	Purger la peine intégralement en régime ferme.	SANCTION	Les peines doivent être plus rigoureuses contre les narcotrafiquants. Contradiction avec la loi contre les crimes haineux.
PL 1652/99	CENTRE (PMDB/TO)	Augmenter les peines (de 1/3 à 2/3) pour la torture contre les enfants.	SANCTION	Il faut corriger l'adoucissement des peines contre les mineurs, pour que celles-ci deviennent plus cohérentes avec la logique interne du Code pénal.
PL 1570/99	GAUCHE (PPS/RR)	Purger la peine intégralement en régime ferme.	SANCTION	Le bénéfice du changement de régime de la loi contre la torture est utilisé dans les cas de narcotrafiquants et d'autres délinquants dangereux.
PL 24/99	GAUCHE (PT/PA)	Créer le type de torture avec des peines sévères : torture simple : 5 à 10 ans de prison; torture qualifiée : 8 à 20 ans de prison; torture suivie de la mort : 20 à 30 ans de prison.	SANCTION ET COMPORTEMENT	Représentation du projet de loi 2464/91, où le but était de réglementer la disposition constitutionnelle sur le crime de torture (Le député connaissait-il la loi 9455/97?).
PL 1236/99	CENTRE (PTB/SP)	Inclure l'exécution de la peine intégralement en régime fermé, rendre le type plus englobant, limiter les garanties juridiques.	SANCTION ET COMPORTEMENT	Il faut rendre la loi plus sévère et l'harmoniser avec la loi contre les crimes haineux.

PL 3895/00	DROITE (PP/SP)	Inclure l'exécution de la peine. intégralement en régime ferme.	SANCTION	Le bénéfice du changement de régime de la loi contre la torture est utilisé dans les cas de narcotrafiquants et d'autres délinquants dangereux.
PL 117/00	GAUCHE (PSB/SE)	Déterminer la « Justice commune » pour juger les cas de torture.	PROCÉDURE	La « Justice commune »[35] est la plus adéquate pour garantir la punition exemplaire des policiers.
PL 2087/03	CENTRE (PSDB/RS)	Définir la discrimination sexiste comme un type de torture.	SANCTION ET COMPORTEMENT	Les peines actuellement prévues pour le crime de violence contre les femmes sont trop basses.
PL 2063/03	GAUCHE (PT/RO)	Donner des peines moins sévères à ceux qui collaborent aux enquêtes sur les cas de torture et augmenter les peines dans les cas suivants: torture simple : 2 à 8 ans de prison; torture qualifiée : 6 à 16 ans de prison; torture suivie de la mort : 15 à 30 ans de prison.	SANCTION	Harmoniser la loi avec les traités internationaux.
PL 4297/04	DROITE (PFL/SP)	Augmenter la peine-base (4 à 10 ans de prison), retirer les motivations du crime (ex : obtention d'informations).	SANCTION ET COMPORTEMENT	Harmoniser la loi avec le système pénal et son échelle punitive.
PL 5637/05	DROITE (PFL/DF)	Ne plus appliquer la sanction de la démission automatique de l'emploi.	SANCTION	Il faut d'abord analyser le cas du policier avant de le contraindre à démissionner.

[35] L'expression « Justice commune » est utilisée en droit pour opposer la « justice militaire » où sont jugés tous les crimes militaires, c'est-à-dire les crimes commis par l'armée et par la police militaire. Les tribunaux « militaires » sont composés exclusivement de juges « militaires », professionnels qui ont, à la fois, une formation en droit et un poste dans la carrière militaire.

PL 4911/05	DROITE (PFL/DF)	Inclure l'exécution de la peine, intégralement en régime ferme et l'interdiction de la grâce présidentielle.	SANCTION	La législation actuelle est trop permissive, en laissant les criminels en liberté. Le pouvoir judiciaire a besoin d'outils plus efficaces pour combattre ce type d'action.
PL 7053/06	GAUCHE, CENTRE ET DROITE (PT/RJ, PC do B, PSDB/RJ, PMDB/RJ, PFL/RJ)	Inclure l'exécution de la peine, intégralement en régime ferme et l'interdiction de la grâce présidentielle.	SANCTION	Le but du projet n'est pas la rigueur pénale, mais qu'on soit sûr que « la peine ne vaut pas la peine ». La société n'a pas l'impression de justice.
PL 417/07	GAUCHE	Inclure la torture comme acte d'improbité administrative.	SANCTION	Perfectionner les mesures de nature civile pour prévenir et réprimer la torture.

On peut dire qu'en tant qu'ensemble, les projets ont présenté deux raisons majeures pour modifier la loi : (1) d'un côté, quatre projets ont demandé une augmentation des peines prévues pour la torture pratiquée contre les mineurs; (2) d'un autre côté, sept projets visent à mettre fin à la possibilité de changement de régime carcéral pour ceux qui ont été condamnés pour torture. On y propose que la peine pour les condamnés pour crime de torture soit intégralement purgée en régime *fermé*. Le problème envisagé concernant le changement de régime d'exécution de la peine n'était pas relié, selon les justifications, au crime de torture en soi, mais plutôt à l'ouverture d'une interprétation des tribunaux favorable au changement de régime des crimes *haineux*. J'y reviendrai plus loin.

Prenons d'abord le premier cas, celui de l'augmentation des peines pour la torture contre les mineurs. Ce problème a déjà été souligné dans la doctrine juridique, si bien que ces communications voulaient exprimer plutôt leur approbation concernant la diminution des peines pour le crime de torture suivie de la mort, pratiqué contre les mineurs. Comme cette discussion est assez centrale dans les projets de loi, je vais l'expliciter davantage.

Dans le Statut de l'enfant et de l'adolescent (ECA, loi 8069/90), la peine de torture contre les mineurs était de 1 à 5 ans de prison pour la torture simple, 2 à 8 ans de prison si la torture avait laissé des lésions corporelles graves; 4 à 12 ans de prison si elle avait laissé des lésions corporelles de nature gravissime et, finalement, 15 à 30 ans si la torture s'était soldée par la mort de l'enfant ou de l'adolescent. La loi 9455/97 ne prévoit pas une peine spécifique pour la torture contre les mineurs, mais plutôt une augmentation de la peine de 1/6 à 1/3 si la victime est un enfant ou un adolescent, de sorte que la peine maximale pour torture pratiquée contre l'enfant sera de 10 ans et 7 mois pour la torture simple, 13 ans et 3 mois pour la torture suivie de lésions graves, et 21 ans et 3 mois si s'ensuit la mort de la victime. Notons que pour les deux premières modalités (torture simple et aggravée par les lésions corporelles) les peines de la loi contre la torture sont plus graves que les peines du Statut. La diminution a lieu seulement quand il s'agit de la peine de torture suivie de la mort.

Néanmoins, cette diminution est vue par les projets de loi comme une équivoque, ce qui justifie la modification de la loi. Dans leurs justifications, les parlementaires vont prendre cette diminution comme une équivoque « involontaire » car il les semble « impossible que le but du législateur à ce moment-là ait été de réduire la peine de torture précisément lorsqu'elle est pratiquée contre des enfants ».

88 Avec la présentation de ce projet de loi, je cherche à corriger une grave erreur commise par les législateurs (...). Conséquemment à la révocation de l'article 233 du Statut de l'enfant et de l'adolescent, la punition pour le crime de torture contre les mineurs est devenue moins sévère même lorsque la torture s'est traduite par des lésions corporelles très graves ou par la mort, ce qui est inacceptable (...) aux termes de l'article 233 du Statut (ECA), la torture qui cause la mort est punie par une peine de 15 à 30 ans de prison. Avec la nouvelle loi, la peine sera au maximum de 21 ans et 3 mois (...).
(Justification du projet de loi de la Chambre des députés n. 3913/97)

89 Il nous semble que la nouvelle loi fut approuvée avec quelques imperfections techniques, peut-être à cause de la volonté de la voir prête et publiée (...). L'article 233 du Statut a établi une peine de 15 à 30 ans de prison pour ceux qui ont pratiqué la torture contre des enfants ou des adolescents. La loi 9455/97 ne définit pas de peines plus sévères que 22 ans de prison pour ceux qui pratiquent la torture contre les mineurs. On croit que l'objectif des législateurs n'a pas été de diminuer absolument les peines prévues pour celui qui torture un enfant jusqu'à la mort. Il s'agit d'une erreur qui doit être immédiatement corrigée.
(Justification du projet de loi de la Chambre des députés n. 3012/97)

Dans ce même sens, on trouve le rapport de la Commission de sécurité sociale et de la famille de la Chambre des députés, en 1999, qui analysait la pertinence du projet de loi 3012 de 1997, mentionné ci-dessus.

90 Nous croyons que l'auteur de ce projet de loi contre la torture avait tout à fait raison. Le Statut de l'enfant et de l'adolescent avait déjà établi des peines sévères pour la pratique de la torture contre les enfants ou les adolescents (...). Il n'y a donc aucune raison pour que la loi 9455/97 soit plus clémente en matière de peines.
(Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la famille de la Chambre des députés, en référence au projet de loi n. 3012/97)

On voit alors clairement apparaître dans ces passages la question de l'importance de la sévérité de la peine et à quel point cette idée se fait présente quand il s'agit d'un crime considéré comme « spécialement » grave, comme c'est le cas de la torture pratiquée contre les enfants. L'aspect intéressant de cette question, à mon avis, est la façon dont les parlementaires vont thématiser la question de l'« égalisation » de la sévérité, c'est-à-dire le fait de rendre la loi plus adéquate, plus équitable en ce qui concerne l'échelle de gravité de la législation pénale, à partir du paramètre de la peine plus sévère. La discussion dans les communications transcrites est ainsi d'augmenter la peine pour crime de torture suivie de mort contre les enfants simplement parce qu'elle n'est pas aussi sévère qu'elle l'était dans le Statut de l'enfant et de l'adolescent. Ceci (le manque de sévérité de la punition) est le seul argument utilisé, sans aucune référence explicite à l'utilité pratique d'une telle

vision de la peine. Remarquons que cette idée de nivellement des peines suit toujours, ou considère toujours comme référence, la peine la plus grave et très rarement les peines plus basses.

Quant à la question de l'interdiction du changement de régime, on constate qu'il y a eu plusieurs projets qui contenaient cette demande, et que leurs auteurs appartenaient à des partis d'orientations politiques diverses (gauche, centre et droite). Ce fait m'amène à croire que cette demande correspondait à une préoccupation générale ou « sans parti », c'est-à-dire qu'elle transcende les partis. Le grand problème lié à cette modification, comme je l'ai déjà souligné, n'était pas nécessairement lié à la loi de la torture en soi, mais au fait que la loi contre la torture, dans son article premier, détermine que: « §7° Le condamné pour crime prévu dans cette loi, sauf l'hypothèse du §2 °, *débutera* sa peine en régime fermé » (c'est moi qui souligne).

Avant le changement de la loi contre les crimes haineux (loi n. 8072/90) (voir section 3.4 de ce chapitre) par la loi n. 11.646/07, on trouvait dans la première, à l'article 2, §2°, l'interdiction explicite de changement de régime quand la condamnation est pour les crimes haineux, le trafic de drogues, le terrorisme et la *torture*. La doctrine juridique a, à partir de cet article de loi, caractérisé la torture et les deux autres crimes comme une catégorie de « crimes correspondant aux crimes haineux », en leur attribuant une équivalence sur le plan de la gravité du comportement, comme s'ils étaient effectivement des crimes haineux.

Après la promulgation de la loi contre la torture (1997), les tribunaux (du moins les plus progressistes) commencèrent à prendre quelques décisions dans lesquelles la norme qui interdisait le changement de régime dans la loi contre les crimes haineux, était remise en question. L'argument utilisé était justement la référence à la clause dans la loi contre la torture qui rend ce changement possible. Le résultat est que pour certains accusés de crimes haineux ou « équivalents » tel le trafic de drogues, les juges ont décidé de ne pas appliquer l'interdiction de changer le régime en se basant sur la loi contre la torture. Aujourd'hui, après ladite loi 11.646 de 2007, l'interdiction du changement de régime a été abolie[36].

En réaction contre cette ouverture de l'interprétation donnée par les tribunaux, quelques projets vont ainsi proposer que le coupable purge sa peine *intégralement* en régime fermé, comme le faisaient les condamnés pour crimes haineux avant la modification de 2007 :

[36] On lit maintenant dans la loi contre les crimes haineux, à l'article 2°, § 1°, que « la peine pour les crimes prévus dans cet article sera purgée *initialement* en régime fermé » (c'est moi qui souligne).

91	La loi 9455/97 (...) est venue combler une brèche importante dans le droit pénal brésilien, mais elle a fini par générer des interprétations contradictoires autour de l'octroi d'avantages aux condamnés pour des crimes haineux à cause de la rédaction du §7° (...) et ce fait a favorisé les narcotrafiquants dans notre pays. Cet amendement vise à rétablir le souhait initial de la société brésilienne, qui veut plus de rigueur dans les peines appliquées par nos juges. On a assez d'impunités, la société veut un système judiciaire plus rigoureux, qui mette les criminels derrière les barreaux. Justification du projet de loi de la Chambre des députés no. 1509/99.	Demande de peines sévères

92	(...) la loi 9455/97 (...) dispose que la peine sera commencée en régime fermé. Sa rédaction a ouvert la possibilité d'appliquer le changement de régime : de fermé à semi-ouvert, et de semi-ouvert à ouvert, non seulement pour les crimes de torture, mais aussi pour les autres mentionnés à l'article 2° de la loi 8072/90. Cette possibilité d'interprétation de la loi a été amenée à la CPI du narcotrafic. En interprétant la loi contre la torture comme modifiant la loi 8072/90, quelques juges ont permis que des narcotrafiquants soient transférés en régime semi-ouvert et ensuite en régime ouvert, après avoir purgé seulement 1/6 de leur peine dans le régime précédent (...). *Justification du projet de loi de la Chambre des députés no. 1570/99.*	

Ces parlementaires s'inquiétaient donc de la possibilité que la loi contre les crimes haineux commence à être relativisée, notamment en ce qui concerne le régime d'exécution de la peine, et que les délinquants « dangereux » puissent « sortir de la prison » (c'est-à-dire être envoyés au régime semi-ouvert) bien avant la fin de leur peine. C'est un problème apparemment de sécurité publique, mais qui renvoie aussi à la croyance à la peine de prison comme solution idéale pour des problèmes tel le trafic de drogues. Cette croyance exclurait ainsi l'idée de changement de régime dans le sens que techniquement, même si le condamné est encore en train de purger sa peine, il n'est plus à la prison, mais dans une colonie agricole (régime semi-ouvert).

Néanmoins, dans une des justifications de ces projets qui demandent l'inclusion de la disposition l'obligation de purger la peine intégralement en régime fermé, on trouve une apparente relativisation de l'efficacité de la peine sévère pour résoudre les problèmes (crimes) graves de la société. Il s'agit d'une manifestation envoyée par un groupe de citoyens, notamment ceux provenant de la ville de Rio de Janeiro, et accueillie par un parlementaire, qui l'a reproduite dans la justification du projet de loi n.7053. Ce projet a d'ailleurs été signé par plusieurs politiciens, de toutes les orientations politiques (voir tableau 3.5) :

93	(...) « y » et « z» parents de l'adolescente « x », tuée dans la station de métro du quartier Tijuca (...) ont invité la société civile à souscrire à la pétition qui suit, avec l'objectif de recueillir plus d'un million de signatures pour justifier la présentation au Parlement d'un amendement populaire pour modifier la législation pénale en vigueur (...). « Pour faire face à la criminalité, la Constitution brésilienne de 1988 a choisi de maintenir la règle de la répression et de la punition de l'infracteur comme une manière d'inhiber dans l'avenir la perpétration de crimes, à côté de la resocialisation de celui qui a affronté la société dans laquelle il vit. (...) Le citoyen brésilien a pleinement conscience que ce n'est pas l'élaboration de nouvelles lois, surtout les plus sévères, qui va solutionner, en peu de temps, les problèmes à l'origine du haut taux de crime. Il y a évidemment un contexte culturel et social qui contribue à la violence de nos jours. Le système pénitentiaire n'est pas capable de jouer son rôle, en particulier celui de contribuer à la resocialisation du condamné. (...) La société est avilie et commence à ne plus croire aux pouvoirs constitués et aux institutions lorsqu'elle se rend compte que l'impunité devient la règle. On ne comprend pas l'impunité seulement dans le sens de la « non-punition » des faits criminels, mais aussi de tous les faits qui ont été l'objet de procédures, jugements et condamnations et qui, n'arrivent pas néanmoins à transmettre le sentiment de réalisation de la justice (...). En dépit de tout ça, et sans prétendre à plus de rigueur pénale qui se traduirait par l'endurcissement des peines, la société veut que tous ceux qui l'affrontent viennent à être condamnés et que la peine imposée par le Pouvoir judiciaire soit effectivement exécutée. De cette manière, le condamné sera sûr que la peine ne vaut pas la peine et la société, à son tour, restera avec la certitude que l'impunité n'a pas prévalu. » Justification du projet de loi no. 7053/06.	Dissuasion et rétribution ? Les lois « sévères » ne sont pas la solution Concept d'impunité Certitude de la punition

Dans le manifeste, on trouve deux types de positions: d'abord il y a une réflexion sur l'inefficacité des peines sévères (de prison) pour résoudre le problème de la criminalité, au moins dans une courte période de temps. Le contexte culturel et social est aussi mentionné comme variable, ainsi que la difficulté du système pénitentiaire à promouvoir la resocialisation des condamnés. Or, le manifeste affirme que la société ne peut quand même pas supporter l'impunité, ou la « sensation que la justice ne soit pas faite ». Ainsi, elle (la société) a besoin de sentir que la peine est effectivement appliquée, et cela est uniquement possible, apparemment, si une telle application est faite en considérant la prison. Autrement dit, la critique ou la réflexion sur les limites des peines sévères n'est pas suffisamment forte pour empêcher une demande de plus de prison.

Foucault (1975) dirait que cela est justement la caractéristique la plus frappante de la prison : on n'est pas capable d'échapper à sa critique ni à son recours à la fois incessant et prioritaire: « on sait tous les inconvénients de la prison, mais on ne voit pas par quoi la remplacer ». Et la prison finit

par être donnée, depuis un siècle, comme son propre remède, en dépit de toutes les critiques monotones qui ont été émises depuis sa naissance même comme instrument de contrôle de l'appareil judiciaire (Foucault, 1975). Comment alors expliquer une telle insistance?

Foucault va répondre en inversant la question. Il se demande ainsi à quoi sert l'échec de la prison? Autrement dit, la prison ne serait-elle pas utile dans une quelconque mesure, qu'il nous serait difficile d'observer? Selon Foucault, si on regarde la prison à travers le prisme de son utilité, elle apparaît comme une institution extrêmement bien réussie : elle « gère les illégalismes » et « produit de la délinquance » (1975). Je répondrais à la question de Foucault en utilisant la perspective de la pensée moderne sur les peines : on ne réussit pas à se sortir du recours à la prison parce qu'elle joue trop bien son rôle d'imposer de la souffrance, élément indispensable dans notre manière de concevoir la punition.

En effet, si on observe historiquement les critiques formulées à propos des peines, on va voir qu'au moins depuis l'école positiviste, des réflexions sur l'importance de prendre en considération le contexte culturel et la constatation de l'inefficacité de la peine de prison réapparaissent dans le discours pénal de façon continue et circulaire. Rappelons que l'école positiviste a soulevé, entre autres, l'importance de la réalisation de réformes sociales, ainsi que la formulation d'une approche économique et sociale de la question pénale. Ferri, par exemple, à partir de sa conception « multifactorielle de la criminalité », soutient que les causes sociales, telles les conditions économiques, ainsi que les causes physiques et psychologiques, doivent être prises au sérieux si on veut supprimer les causes du crime. On voit aussi les critiques de la prison chez les positivistes dans la demande pour une plus grande individualisation des mesures pénales, en fonction de leur classification des condamnés. La prison n'était pas vue comme la sanction idéale pour la plupart des crimes, mais au contraire : « soit elle [la prison] est inutile et le condamné ne devrait pas y entrer, soit elle est insuffisante et il faut prévoir une ségrégation à durée indéterminée dans des conditions de grande sévérité » (Ferri, 1905, cité dans Digneffe, 1998 : 274).

Cependant, au lieu de proposer une amélioration de la prison, un changement de ses caractéristiques pour mieux « récupérer » le délinquant, conformément au discours typique de la réhabilitation et ce, sans renoncer à l'usage intensif de la prison comme remède à la criminalité, on n'observe dans le manifeste ci-dessus aucun propos ou aucune réflexion sur la possibilité d'une « nouvelle » prison. En fait, c'est comme si on reconnaissait les limites de la prison en tant que solution aux problèmes de sécurité publique et les faibles résultats qu'elle peut offrir face à la

complexité sociale dont la question de la délinquance fait partie, mais au fond tout cela est moins important que le fait d'avoir la « certitude de la punition ». Je répète la dernière partie du manifeste, qui suit toutes les considérations sur les limites du système pénitencier : « *En dépit* de ce fait, et sans prétendre plus de rigueur pénale consistant dans l'augmentation des peines, la société veut que tous ceux qui l'affrontent (...) soient condamnés, avec la sanction appliquée (...) de sorte qu'il reste clair que la peine ne vaut pas la peine » (citation n° 93). Et comme on ne conçoit pas une punition autre que la prison pour ce cas (rappelons que ce projet de loi visait à interdire la possibilité de changement de régime carcéral, c'est-à-dire transférer le condamné du régime fermé au régime semi-ouvert et ensuite, au régime ouvert), la certitude de la punition équivaut à un séjour prolongé en prison. En fin de compte, si on a l'impression d'être face à une réflexion critique sur les problèmes sociaux et les alternatives offertes par le système pénal, on revient néanmoins finalement aux arguments classiques comme la certitude de la punition, telle que la défendait déjà Beccaria.

En plus des deux grandes motivations pour la modification de la loi contre la torture (augmenter les peines pour la torture contre les mineurs et ajouter que l'exécution de la peine soit intégralement en régime fermé), je veux encore jeter de la lumière sur quelques projets qui m'inspirent des réflexions intéressantes du point de vue d'une sociologie de la punition. Dans le projet de loi n. 2087/03, on trouve la demande d'inclure la discrimination de genre (contre les femmes) comme crime de *torture*, accompagnée de l'ajout des aggravantes de la peine justement pour les cas de « torture de genre ».

94	La violence de genre est l'une des formes les plus graves de discrimination et elle se manifeste sous différentes formes telles le viol, la violence sexuelle, la prostitution forcée. (...) Si on veut changer ce cadre de violence domestique, il faut faire face au coeur de la question, c'est-à-dire assumer que ce type de violence est une pratique typique de torture qui est le résultat d'une attitude discriminatoire, où les différences entre les hommes et les femmes sont vues à partir d'une optique hiérarchique (...). Cependant, plusieurs femmes hésitent encore à recourir à la justice (...). Plusieurs aspects contribuent à ce comportement : un des aspects est la méfiance que le responsable de la violence ne sera pas adéquatement puni, car actuellement la peine pour ce type de crime peut être remplacée par la prestation de services communautaires et/ou l'offre de produits de nécessité de base (*cestas básicas*), ce qui amène à la banalisation de ces crimes. C'est presque comme s'il était implicite, dans les relations de couple, qu'il est permis de battre, d'agresser, de violer et après, de fournir quelques produits de nécessité de base. (Justification du projet de loi n. 2087 de 2003)	Prison (vraie peine)/d'autres peines

Tout d'abord il faut dire que je reconnais que la question de la violence contre les femmes est effectivement un problème grave, qui justifie un travail sérieux de la part du pouvoir politique. Néanmoins, ce qu'on observe dans ce projet de loi est un glissement de sens entre les situations qui décrivent les nombreuses violences de genre (le viol, la violence sexuelle et la prostitution forcée, et la torture). Comme si la torture faisait partie du même ensemble de comportements contre les femmes que ces autres crimes. Ce glissement projette la torture comme un type de comportement « parapluie » assez ample pour inclure tous les autres, en ayant pourtant comme conséquence des peines plus sévères telles que des peines de prison, et la limitation de quelques garanties telles que l'interdiction du cautionnement, de la grâce, etc.

Le terme « torture » est devenu ici un *médium* où on donne la forme qu'il convient, de sorte à y inclure des problèmes autres que le problème initialement soulevé. En effet, la question de la violence contre les femmes ne faisait point partie du problème pour lequel le crime de torture a été originellement créé. Pour tenter d'inclure la violence de genre dans le programme pénal et notamment dans la liste de crimes graves, le parlementaire utilise ici le *médium* « torture » comme la porte d'entrée du système et des peines graves. Le risque que ce type d'attitude peut comporter est l'attribution de formes (significations) tellement variées aux *médias*, qu'un seul type pénal pourrait embrasser une série infinie de comportements.

L'autre question intéressante est que la préoccupation d'inclure la discrimination contre les femmes dans la loi contre la torture est justifiée par le fait que les peines alternatives à l'incarcération ne sont pas assez sévères face à l'importance du comportement. Les travaux communautaires ainsi que l'offre de produits de nécessité basiques (en portugais, « cestas básicas ») sont vues pratiquement comme des « non-peines » qui entraînent la banalisation des crimes et la compréhension que, finalement, ils peuvent être commis. La peine de prison symbolise ainsi la *vraie peine* face aux *autres peines* (pas aussi vraies), la seule qui serait capable d'exprimer le mal du comportement et la sanction adéquate. J'y reviendrai dans les chapitres sur les entretiens.

Un autre cas intéressant est celui concernant le projet de loi 417 de 2007. J'ai constaté ici une situation quelque peu différente où l'on cherche à établir des punitions *hors du droit pénal*, à savoir dans le droit administratif, pour compléter l'efficacité de la punition criminelle.

95	En considérant le principe de l'indépendance des instances civiles et pénales, il est nécessaire de perfectionner l'ensemble des sanctions du Droit brésilien. En effet, dans le domaine criminel, la pratique de la torture était déjà sanctionnée depuis 1997. Or, il y a encore des doutes et des discussions sur les mesures de nature civile qui peuvent être adoptées pour prévenir et réprimer des actes comme la torture. De ce fait, il nous reste à consigner expressément dans la loi une sanction civile (...), imposant toutes les sanctions prévues dans la loi contre l'improbité administrative vu que la torture est un acte attentatoire aux principes constitutionnels de l'administration publique. Justification du projet de loi n. 417 de 2007.	Prévenir et réprimer avec le droit administratif

Dans cette justification, on « observe l'observation » que le droit pénal n'est pas « suffisant » pour prévenir et réprimer le comportement. Cette attitude de récupérer les sanctions du droit administratif pour punir la torture aurait pu être vue comme une innovation dans le droit pénal s'il s'agissait des seules ou des principales options de sanction. On serait ainsi face à un cas où les peines (afflictives) de prison ne figureraient pas comme les seules options valables pour faire face à un comportement grave. Néanmoins, dans ce cas-ci, les sanctions administratives ne sont qu'un complément des sanctions pénales, pour les « aider » à prévenir/dissuader le comportement.

On ne peut cependant pas parler ici d'une véritable actualisation de la rationalité pénale appliquée au droit administratif, même si les idées de dissuasion et de répression apparaissent comme justifications pour la création d'une sanction (de nature administrative). Certes, la perspective de prévenir le comportement à travers la sanction est une idée aussi présente dans la rationalité pénale. Néanmoins, on ne peut pas affirmer que tous les autres énoncés de la théorie de la dissuasion tels que formulés par ledit système de pensée sont aussi importés dans une telle communication. Central à la rationalité pénale, l'énoncé de production d'un mal plus grand que celui causé pour effectivement dissuader la pratique d'un comportement n'est pas nécessairement présent dans la conception de la sanction du droit administratif. Pensons, par exemple, aux types de sanctions auxquels fait référence le projet en question. Selon la loi d'improbité administrative (loi n° 8429/92), les sanctions prévues pour les fonctionnaires publics qui pratiquent des actes contre l'administration publique sont : la perte de biens, le dédommagement, la démission de la fonction publique, la suspension des droits politiques pour une période de 3 à 10 ans, l'amende, etc. La perspective de faire du « mal » ou de produire de la souffrance, élément central de la peine de prison, n'est pas évidente dans aucune de ces peines, y compris l'amende.

Finalement, j'arrive au seul projet qui n'a demandé ni une augmentation des peines ni un élargissement du type pénal. Il s'agit du projet 5637/05, présenté par un parti de la droite, qui propose

d'abolir la disposition de la loi sur la démission automatique lors d'une condamnation pour crime de torture (art. 1°, § 5°, de la loi 9455/97). Il suggère la substitution de la démission automatique par l'instauration d'une procédure disciplinaire (administrative) pour évaluer le comportement de l'accusé.

96	La loi 9455/97 a contribué au respect des droits et garanties fondamentales et à la protection de la vie, de l'intégrité physique et de la liberté dans notre pays. (...) Le policier brésilien, en plus de travailler à la limite de ses possibilités, souffre énormément de la discrimination contre les policiers, en dépit du fait de quotidiennement surmonter plusieurs obstacles au nom de la paix et de la tranquillité publique. (...) Le projet a pour but de remplacer la démission automatique par l'instauration d'une procédure administrative dans la sphère de chaque institution, suivant laquelle toutes les variables de la vie du fonctionnaire public en question pourraient être considérées de manière à ce que lui soit rendu un jugement administratif juste. (Justification du projet de loi n. 5637 de 2005)	Substitution de la démission automatique par l'instauration d'une procédure administrative

La protection du policier qui commet la torture est l'objet de ce projet, qui considère que la démission automatique n'est pas « juste » et qu'il faut considérer d'autres variables de la réalité policière au Brésil. Ces variables peuvent inclure la « nécessité » de la torture dans certains cas ou l'impossibilité de l'éviter. Si d'un côté, il s'agit effectivement du seul projet à contre-courant des autres, dans le sens d'adoucir la loi, d'un autre côté, il y a une attitude potentiellement permissive par rapport à l'utilisation de la torture lors des investigations criminelles. La défense de la torture, toutefois, n'exclut pas le fait que, du point de vue d'une conception de la peine, le propos est effectivement « progressiste », dans le sens de relativiser et de complexifier la sanction. La réponse uniforme et unique à tous les cas, comme il est d'ailleurs typique du droit pénal, doit être remplacée par une réponse plus nuancée, qui devrait considérer des aspects particuliers de chaque cas. Bref, le fait d'être une suggestion de la droite (proposée par le parti du front libéral, PFL) ne signifie pas qu'elle soit nécessairement une suggestion « conservatrice » en matière de sanction, même si les motivations sont considérées comme illégitimes au regard des politiciens perçus plus à gauche sur l'échiquier politique.

CHAPITRE IV

PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE *VERSUS* PROTECTION DE LA SOCIÉTÉ : « PROGRESSISTES ET CONSERVATEURS » FACE À LA PUNITION DE LA TORTURE

Au fil de la lecture de mes entretiens, j'ai remarqué la construction et l'utilisation d'une double distinction : *conservateur/progressiste* et *crime contre l'humanité/crime ordinaire*. D'une part, un bon nombre de politiciens et de militants que j'ai interviewés était convaincu de l'existence d'un point de vue « conservateur » par rapport aux peines. Ils étaient ainsi en train d'établir une distinction entre ce qu'ils considéraient comme des idées conservatrices et leurs propres idées, qui seraient alors « progressistes ». D'autre part, les interviewés faisaient référence à deux «catégories » ou « types » de crimes: les *crimes contre l'humanité* et les *crimes ordinaires* ou *communs*. Dans les communications, ces derniers seraient tous ceux qui ne portent pas atteinte « directement aux droits de la personne » et les crimes contre l'humanité seraient, eux, ceux qui violent « directement ou d'une façon spécialement agressive les droits fondamentaux ». On verra, par la suite, les crimes spécifiques qu'ils placent dans chaque face de cette distinction.

La distinction « *conservateur/progressiste* » (de la politique) a été utilisée par les acteurs autant comme une forme d' « auto-attribution » des systèmes psychiques que comme une forme d' « hétéro-attribution », c'est-à-dire d'observation d'un autre individu. En plus, elle a été utilisée de manière globale pour décrire un individu (par exemple, « X est un conservateur ») ou de manière plus spécifique pour se référer à certaines idées (par exemple, « l'idée Y est conservatrice »). Dans le cas des « portraits globaux » des individus, les communications vont indiquer les acteurs (politiciens ou militants) comme étant conservateurs ou progressistes soit en s'appuyant sur une auto-attribution mise en place par l'individu lui-même – lorsqu'il se dit lui-même conservateur – soit à partir d'une attribution externe. Lorsqu'un politicien ne met pas en place lui-même une « auto-classification », l'attribution externe va s'appuyer sur une référence à son parti politique. C'est ce dernier qui dira s'il est conservateur ou progressiste. Je vais qualifier ces attributions globales aux individus de *portrait* (ou *autoportrait*) politique, selon le cas (attribution externe ou auto-attribution).

D'un point de vue méthodologique, je dois faire quelques remarques à l'égard de l'attribution conservateur/progressiste. Quand je disposais d'une auto-attribution, j'ai tout simplement retenu

l'autoportrait pour classifier la communication. Cependant, quand je ne disposais pas d'une auto-classification, je me suis référée à l'autoportrait du *politique* d'appartenance de l'acteur. Dans ce cas, j'ai procédé alors de manière indirecte. Mais j'ai pu faire deux types de test. Le premier était de m'assurer que l'acteur ne se distinguait pas de son propre parti pendant l'entrevue. Par exemple, constater qu'il ne disait pas quelque chose comme « mon parti est conservateur, mais je suis un politicien plutôt progressiste ». Le deuxième test c'est que j'ai pu constater que, dans les cas d'auto-attribution, il y avait une corrélation parfaite entre l'auto-attribution de l'individu et l'auto-attribution du parti. Tous les individus qui se disaient progressistes ou conservateurs se trouvaient respectivement dans un parti politique qui s'affichait de la même façon. Bien sûr, ceci n'élimine pas la possibilité d'une dissonance entre les deux auto-attributions, mais indique qu'elle ne semble pas très probable dans mon corpus empirique.

Comme je le disais, les communications peuvent aussi se référer à une idée spécifique (« il faut augmenter la sévérité des peines » ou « il faut appliquer davantage les peines alternatives ») et la classifier comme conservatrice ou progressiste. Dans ce cas de l'observation des idées, je les ai distinguées entre deux types : « idées-*motivation* » et « idées-*moyen* ». Les « idées-*motivation* » concernent les raisons ou les justifications que les acteurs donnent pour faire une proposition quelconque au Parlement. Ainsi, les formulations telles que : « il faut protéger les droits de la personne » ou « on a besoin de lutter davantage contre les criminels », je les ai classifiées comme *motivations*, c'est-à-dire comme « raisons de faire ». Les « idées-*moyen* », par contre, sont plutôt reliées aux « moyens » ou « manières de faire », c'est-à-dire aux chemins empruntés pour aborder la motivation.

En ce qui a trait à mon corpus empirique, il faut noter que du point de vue de l'auto-observation, la plupart des interviewés se voyait comme progressiste (dans la mesure où ils se distinguaient des conservateurs). Ainsi, on doit assumer que l'opposition *conservateur/progressiste* a été construite surtout par les progressistes, ou à partir des auto-observations faites par les progressistes, ce qui ne veut pas dire qu'ils vont, tout le temps, surtout en matière pénale, soutenir des *idées-moyen* classifiées par les politiciens eux-mêmes comme *progressistes* (par exemple, la défense des peines alternatives ou la réduction du recours à la peine de prison). Comme j'ai beaucoup moins de données sur les politiciens qui s'auto-observent comme « conservateurs », ou même qui intègrent des partis politiques associés à la droite, il est difficile de dire si la manière de décrire l'opposition *conservateurs/progressistes* que je vais présenter ici est effectivement commune aux deux groupes ou s'il s'agit d'un point de vue plutôt de la gauche (ou des progressistes). À partir des données que j'ai

recueillies, je peux néanmoins décoder chez les conservateurs une résonance importante de la manière dont les progressistes distinguent les deux catégories (en ce qui concerne leurs positions en matière de peines).

Prenons d'abord les catégories *portrait* et *idées-moyen* : si l'on considère toutes les possibilités d'observation d'un point de vue externe et si on assume qu'il n'existe aucune garantie de cohérence « idéologique » (comme celle qui déterminerait que les *portraits* conservateurs vont communiquer seulement des *idées-moyen* conservatrices), on débouche sur un cadre avec 4 combinaisons possibles: des (auto) portraits conservateurs avec des idées conservatrices, des (auto) portraits progressistes avec des idées progressistes, des (auto) portraits conservateurs avec des idées progressistes et finalement, des (auto) portraits progressistes avec des idées conservatrices.

Tableau 4.1
(Auto) portraits et idées-moyen

		(AUTO) PORTRAITS	
		Conservateurs (poC)	Progressistes (poP)
IDÉES-MOYEN	Conservatrices (iC)	**CAS 1 (poC-iC)**	CAS 2 (poP-iC)
	Progressistes (iP)	CAS 3 (poC-iP)	**CAS 4 (poP-iP)**

Les cas de figure 1 (poC-iC) et 4 (poP-iP) sont les plus attendus peut-être parce qu'ils sont les plus « cohérents »: on s'attend presque intuitivement à ce qu'un politicien avec un *(auto) portrait* conservateur défende des *idées-moyen* conservatrices et ce, dans tous les domaines, incluant le pénal. La même remarque vaut pour les progressistes: on s'attend normalement à ce qu'ils soutiennent des idées progressistes. Par ailleurs, les cas 2 (poP-iC) et 3 (poC-iP) sont moins visibles, ou non visibles du tout, même s'ils sont empiriquement très fréquents. Je vais qualifier ces deux derniers comme des *situations* ou des *points de cécité*.

À partir de mes données, je suis capable dcitati'identifier plusieurs situations où le cas 2 (poP-iC) apparaît, c'est-à-dire où les portraits qui sont considérés comme progressistes, vont défendre des *idées-moyen* conservatrices en matière de peines. Le cas 3 (poC-iP) est aussi présent dans mes données, mais de façon beaucoup moins fréquente. Toutefois, ceci ne peut pas être pris comme une information pertinente pour l'analyse puisqu'en considérant mon corpus empirique, les individus considérés comme conservateurs sont très peu nombreux.

Par ailleurs, dans ces mêmes situations empiriques, j'ai observé que les *idées-motivation*, quant à elles, correspondaient aux *portraits* : les portraits progressistes défendaient des « motivations » considérées comme progressistes (comme la protection des droits fondamentaux, de la dignité humaine, du principe de la liberté, etc.). Et la même observation vaut pour les conservateurs. Néanmoins, l'*idée-moyen* qui se forme ne correspond pas nécessairement au *portrait* ni à son *idée-motivation*: prenons comme exemple une situation assez fréquente dans les entretiens, où un militant qui se caractérise normalement comme progressiste va défendre, au nom des droits de la personne (*motivation* progressiste ou de « gauche »), l'imposition de longues peines de prison (*idée-moyen* conservatrice pour ce qui est des peines).

D'autre part, j'ai aussi trouvé des politiciens conservateurs qui, visant l'élimination des « mauvais éléments » de la société au nom de l'ordre et de la sécurité publique, (*idée-motivation* conservatrice), défendent des peines moins sévères ou même l'abolition des peines de prison (*idées* progressistes pour ce qui est des peines). Bref, et il est important de le souligner, *les motivations ne déterminent pas la « qualité » des idées-moyen quant aux peines*. Je vais qualifier ces situations normalement non attendues de *paradoxe conservateur-progressiste* (cas 3 du tableau 4.1) et *paradoxe progressiste-conservateur* (cas 2 du tableau 4.1).

De la même façon que j'ai mis en relation les *idées-moyen* et les *(auto) portraits*, je vais mettre en rapport maintenant les *(idées) motivations* avec les *idées-moyen*, de sorte à créer 4 autres combinaisons: *idées-motivation* conservatrices et *idées-moyen* conservatrices (cas 1: moC-iC), *idées-motivations* progressistes et *idées-moyen* progressistes (cas 4: moP-iP), *idées-motivations* progressistes et *idées-moyen* conservatrices (cas 2: moP-iC) et, finalement, *idées-motivations* conservatrices et *idées-moyen* progressistes (cas 3: moC-iP).

Tableau 4.2
Idées-motivation et *idées-moyen* conservatrices et progressistes

		IDÉES-MOTIVATION	
		Conservatrices (moC)	Progressistes (moP)
IDÉES-MOYEN	Conservatrices (iC)	**CAS 1 (moC-iC)**	CAS 2 (moP-iC)
	Progressistes (iP)	CAS 3 (moC-iP)	**CAS 4 (moP-iP)**

Au fur et à mesure que je ferai allusion aux situations empiriques dans ce chapitre, notamment aux extraits des entretiens, et qu'elles correspondront à l'un ou l'autre cas mentionné dans le tableau, j'y ferai référence suivie d'une réflexion sur le cas spécifique. Pour l'instant, je voulais uniquement attirer l'attention sur le fait que tant les *(auto) portraits* que les *motivations* ne gardent pas nécessairement une correspondance, en termes de la « distinction politique » (conservateur/progressiste), avec les *idées-moyen* qui vont émerger dans les communications. Le cas de la création de la loi contre la torture contient des exemples où les situations normalement non attendues ont empiriquement lieu. Je vais qualifier ces situations de *paradoxe conservateur-progressiste* (cas 3 des tableaux 4.1 et 4.2) et *paradoxe progressiste-conservateur* (cas 2 des tableaux 4.1 et 4.2).

L'hypothèse avec laquelle je vais travailler dans ce chapitre est que l'actualisation de la *motivation* (raisons de faire) peut obnubiler l'examen ou l'observation critique des *idées-moyen* (manières de faire); autrement dit, l'attachement à la *motivation*, vue comme progressiste, détient un pouvoir justificateur tellement fort qu'il empêche l'observateur de voir que l'*idée-moyen* qu'il soutient peut être opposée à son *(auto) portrait.* Ainsi, comme je le disais ci-dessus, un politicien progressiste qui a une *motivation* qu'il caractérise aisément comme progressiste, va très souvent soutenir une *idée-moyen* conservatrice *pour ce qui est des peines*, telle l'augmentation des peines de prison. Ceci ne va dans aucun cas affaiblir ou relativiser son auto-observation en tant que progressiste. Même scénario pour les politiciens conservateurs : un *(auto) portrait* conservateur, dont la *motivation* est vue aussi comme conservatrice, va soutenir une *idée-moyen* progressiste *quant aux*

peines, telle la réduction de la sévérité de la peine de prison. De la même manière ceci n'affecte en rien son auto-observation. Le mécanisme d'obnubilation due à la *motivation* peut être un des facteurs qui rendent empiriquement possibles les *paradoxes* (conservateur-progressiste et progressiste-conservateur) mentionnés. Si on ajoute la catégorie *(auto) portrait* dans le tableau précédent, on arrive à une représentation des situations empiriquement possibles qui ressemble à ceci:

Tableau 4.3
(Auto) portraits, *idées-motivation* et *idées-moyen* conservateurs et progressistes

		(AUTO) PORTRAITS			
		Conservatrices poC		**Progressistes poP**	
		IDÉES – MOTIVATION			
		Conservatrices (moC)	Progressistes (moP)	Conservatrices (moC)	Progressistes (moP)
IDÉES-MOYEN	Conservatrices (iC)	CAS 1 (poC-moC-iC)	CAS 2 (poC-moP-iC)	CAS 1' (poP-moC-iC)	CAS 2' (poP-moP-iC)
	Progressistes (iP)	CAS 3 (poC-moC-iP)	CAS 4 (poC-moP-iP)	CAS 3' (poP-moC-iP)	CAS 4' (poP-moP-iP)

À partir de ce tableau, il est possible d'observer d'autres combinaisons dans lesquelles sont présentes des *situations de paradoxes*. Remarquons qu'il s'agit ici de possibilités logiques, qui ne sont pas nécessairement empiriques. Les seules *situations de cohérence* totale sont les cas 1' (poC-moC-iC), où l'*(auto) portrait*, l'*idée-motivation* et l'*idée-moyen* sont conservateurs et le cas 4 (poP-moP-iP), où le portrait, la *motivation* et l'*idée-moyen* sont progressistes. Les cas 2 et 3' correspondent aux situations de paradoxes que j'ai mentionnées ci-dessus, où *idées-moyen* et *motivations* de types différents sont associés.

Les cas restants 2(poC-mo-iC), 4(poC-moP-IP), 1'(poP-moC-iC) et 3'(poP-moC-iP) sont des situations nouvelles, dans le sens qu'ici apparaît des paradoxes nouveaux par rapport aux deux premiers tableaux. Le cas 4'(poC-moP-iP), par exemple, aurait lieu quand un *portrait* conservateur, motivé par un thème progressiste, propose une idée aussi progressiste. Ceci correspondrait au cas d'un politicien conservateur qui, pour défendre les droits fondamentaux, proposerait une amélioration des conditions carcérales ou la diminution du temps des peines de prison. Le conservateur ici ne communique pas de façon cohérente avec son autoportrait. Il s'agit d'une combinaison empiriquement possible, mais que je ne peux analyser parce qu'elle n'apparaît pas dans ma recherche.

Cas analogue avec la situation 1'(poP-moC-iC): il est possible d'imaginer hypothétiquement un politicien de gauche qui, motivé par le problème de la sécurité publique des classes moyennes et riches dans les grandes villes (*idée-motivation* conservatrice[1]), propose l'endurcissement des peines de prison (*idée-moyen* conservatrice). Néanmoins, je n'ai pas non plus de données pour travailler sur un tel scénario, ni d'ailleurs sur les deux autres : 2 et 3'. Dans ces deux situations, l'incohérence aurait lieu entre le *(auto) portrait* et la *motivation* et encore entre l'*idée-motivation* et l'*idée-moyen*, c'est-à-dire que l'*idée-motivation* est toujours opposée aux *portraits* et aux *idées-moyen*. De même pour les cas 4 et 1', il s'agit de situations possibles, mais peu probables.

De toute façon, l'objectif principal du tableau 4.3 est de montrer les diverses combinaisons d'où peuvent émerger des *situations de paradoxe*, situations qui doivent être confirmées par une observation empirique. Dans ce travail, je vais me concentrer sur les *situations de paradoxe* 3 et 2' justement où il y a glissement entre l'*idée-motivation* et l'*idée-moyen*, c'est-à-dire où la « motivation », clairement, ne détermine pas la « qualité » de l'idée-moyen.

Dans le cas de la création de la loi contre la torture, j'ai plusieurs exemples empiriques des cas 3(poC-moC-iP) et 2'(poP-moP-iC) où on observe des situations de cohérence *partielle,* c'est-à-dire une cohérence entre le portrait et la motivation. Comme je le disais, les deux autres cas de glissement entre l'*idée-motivation* et l'*idée-moyen*, 2(poC-moP-iC) et 3'(poP-moC-iP), n'apparaissent pas dans mes données. Notons qu'ici le problème de cohérence est d'abord entre le *portrait* et l'*idée-motivation*. Peut-être s'agit-il d'une simple coïncidence que ce type de situation n'apparaisse pas dans ma recherche. Toutefois, il est possible qu'on ait trouvé ici une piste sur la manière dont les

[1] Au Brésil, il y a une certaine tendance à qualifier la préoccupation à l'endroit de la sécurité de la classe moyenne ou de la classe riche comme *conservatrice* vu qu'elle est très rarement liée à une problématisation de l'inégalité sociale et des différences d'opportunités existant entre les classes.

politiciens ou les militants des droits de la personne construisent leur identité politique: ils le feraient à partir de la « qualité » de leurs *idées-motivations* et non de leurs *idées-moyen* sur les peines.

Reprenons maintenant la distinction *crime contre l'humanité/crime ordinaire*. Comme je le disais, les *crimes ordinaires* ou *communs* seraient tous ceux qui ne portent pas atteinte directement aux droits de la personne et les *crimes contre l'humanité* seraient ceux qui violent directement ou d'une façon spécialement agressive les droits fondamentaux. D'après cette distinction, l'homicide ou les agressions physiques peuvent intégrer, selon le contexte, le groupe des crimes contre l'humanité (sous la forme de génocide, de torture, etc.) ou, au contraire, le groupe des crimes ordinaires. Néanmoins, pour intégrer la catégorie de « crimes contre l'humanité », il ne suffit pas de faire intentionnellement du mal (tuer ou agresser quelqu'un, etc.): il faut « quelque chose de plus », qui se situerait sur le plan symbolique ou purement communicationnel, qui fait passer le crime d'une catégorie à une autre plus grave. Bref, le comportement comme tel ne caractérise pas le type de crime (contre l'humanité/ordinaire).

De manière générale, les crimes contre l'humanité sont, d'après les politiciens et les militants concernés, beaucoup plus graves que les autres peu importe le type de violation pratiquée sous l'appellation de crimes *communs* ou *ordinaires* (qu'il s'agisse d'un homicide, d'un viol, d'un vol à main armée, etc.). Autrement dit, on attribue une gravité spéciale à certains actes (qui violent les droits de la personne), même s'ils causent objectivement moins de mal à autrui que les crimes *ordinaires* : pensons par exemple à des coups donnés au poste de police à un individu accusé de crime[2] (torture, crime contre l'humanité) et, parallèlement, à l'homicide ou au vol à main armée avec la mort comme conséquence (crimes ordinaires).

Rappelons en plus qu'au Brésil, la définition légale du crime de torture ne permet pas de faire la distinction entre la torture en tant que « crime contre l'humanité », pratiquée disons sur une grande échelle, contre tout un groupe ethnique, culturel, etc., et la torture en tant que « crime ordinaire », qui ne vise aucune victime en particulier, sans aucune intention de faire du mal à une collectivité spécifique (pensons au cas des châtiments exagérés ou des mauvais traitements que les nounous imposent aux enfants, qui est désormais considéré comme un acte de torture). Ni les politiciens ni les militants n'ont cette « ambiguïté législative » à l'esprit lorsqu'ils parlent de la loi contre la torture.

[2] Il faut noter que je ne suis pas en train d'affirmer que la torture n'est que ce type de situation. Au contraire, celle-ci est l'une des situations les moins « graves » qu'on puisse imaginer en ce qui concerne le crime de torture.

Au contraire, la torture est classée explicitement par la plupart des interviewés comme un crime « contre l'humanité » ou de « lèse-humanité ». Cette qualification la rend ainsi, aux yeux des politiciens et des militants, d'une gravité spéciale et donne lieu, en ce qui a trait aux peines, à une demande d'emprisonnement plus sévère. Cette demande d'une peine plus sévère pour un crime considéré comme une violation des droits de la personne soulève certains paradoxes (comme le fait de demander plus de peine pour défendre les droits de la personne) que je compte également mettre en lumière et développer dans cette deuxième partie de l'analyse.

Ainsi, en croisant ces deux distinctions (*conservateurs/progressistes*, *crimes ordinaires/crimes contre l'humanité*), j'ai obtenu un cadre analytique me permettant de réfléchir à l'actualisation de la rationalité pénale dans le contexte de la création de la loi contre la torture. Ce croisement m'a permis de poser ce qui suit comme questions de fond générale qui traversent toute cette partie de l'analyse : comment les progressistes se voient-ils comme progressistes dans le processus de création des lois criminelles? Et quels sont les éléments (les idées) qu'ils incluent dans leur « discours progressiste » lors de leur prise de décisions en matière criminelle?

D'une manière un peu plus spécifique, je vais poser la question de la façon suivante : comment les politiciens et les militants qui se classent eux-mêmes parmi les « progressistes » se positionnent-ils quant aux peines: 1) lorsqu'il s'agit de la création de crimes « ordinaires » ou « communs » et 2) lorsqu'il s'agit de crimes « contre l'humanité »?

Comme ancrage empirique, j'utiliserai dans cette partie de l'analyse surtout les entretiens réalisés auprès des politiciens et des militants des droits de la personne. Les débats parlementaires seront aussi utilisés, mais de façon moins importante. Comme je l'ai déjà fait dans le chapitre précédent, pour aider à la qualification et à l'observation des communications, je vais indiquer si elles appartiennent aux entretiens réalisés auprès du groupe des militants ou des politiciens et je vais aussi indiquer, à l'aide de chiffres, quel militant ou quel politicien est à l'origine de la communication transcrite.

Ire PARTIE – LES CONSERVATEURS ET LES PROGRESSISTES FACE AUX PEINES

Dans mes données empiriques (entretiens), les progressistes vont se distinguer des conservateurs en se plaçant du côté «positif» de la distinction ou du côté de la « mauvaise conscience » du droit pénal répressif, c'est-à-dire du côté qui projette sur ce dernier un regard critique (Tulkens, van de Kerchove, cité dans De Hert, Gutwirth, Snacken, Dumortier, 2006). Les progressistes vont ainsi se caractériser (1) comme ceux qui donnent plus d'importance à la prévention (sociale) du crime (plutôt qu'à la simple réaction), favorisant l'éducation, le bien-être social, etc. ; (2) comme ceux qui sont contre l'endurcissement des peines en réponse au problème criminel (bien entendu, ceci ne veut pas dire qu'ils demandent la *réduction* de ces peines); (3) comme ceux qui valorisent le recours aux peines alternatives pour certains crimes et dans certaines conditions et, finalement, (4) comme ceux qui valorisent l'idée de réhabilitation du prisonnier et l'amélioration des conditions de vie dans la prison.

Les conservateurs, en collaborant pour la « bonne conscience » de la raison punitive d'un droit pénal répressif et non critique (*Ibidem*), seraient ceux qui utilisent les peines d'une façon plutôt réactive ou punitive, sans se soucier de l'idéal de réhabilitation ni des conditions carcérales. La peine de prison serait ainsi valorisée par les conservateurs en tant que la seule ou la meilleure option pour faire face à la criminalité tandis que les peines alternatives n'entreraient pas dans le « débat sérieux » sur les sanctions criminelles. Cette distinction entre conservateurs et progressistes en ce qui concerne leurs positions quant à la punition paraît aux yeux des progressistes comme non problématique et tranchante.

Et comment les conservateurs s'auto-observent à propos des peines ? Est-ce que la manière dont les progressistes caractérisent leurs positions quant aux peines est proche de la manière dont eux-mêmes construisent leur autoportrait ? Considérant que j'ai beaucoup moins de données sur les conservateurs, il devient difficile d'affirmer si leurs visions des peines certifient complètement la manière dont les progressistes la représentent. Néanmoins, je vais essayer de montrer qu'à partir de mes données, il est possible quand même d'observer une résonance, un écho chez les conservateurs des idées formulées par les progressistes. Autrement dit, je constate qu'il ne s'agit pas d'une simple représentation purement « fantaisiste » des conservateurs faite par la gauche.

4.1 Conservateurs et progressistes face à la punition des crimes « ordinaires »

D'une manière générale, les distinctions *droite/gauche* ou *conservateur/progressiste* sont utilisées dans les communications politiques pour définir ou indiquer des manières globales opposées d'observer le monde. Cependant, il y a dans les sciences sociales une mise en question de ces distinctions comme un bon outil pour différencier des idées, des valeurs ou des mouvements en politique. En effet, Bobbio (1994) nous rappelle les nombreuses critiques qui ont été faites à l'endroit de cette distinction et le mépris dont elle est l'objet aujourd'hui dans les milieux académiques. Plusieurs intellectuels ont soulevé que la distinction avait perdu sa valeur descriptive à cause, entre autres, d'une interprétation à l'effet que les problèmes de la société (démocratique) actuelle sont trop complexes et nuancés pour pouvoir être posés, à l'aide de cette distinction, d'une façon simplement antithétique. Elle présuppose aussi une « cohérence » de l'observation à l'égard de tous les thèmes sur lesquels elle communique.

À côté de la discussion académique, on trouve des exemples dans la politique où la distinction est neutralisée, c'est-à-dire où elle ne sert plus pour distinguer des positions politiques opposées: au Canada, par exemple, le parti conservateur s'appelle « Parti Conservateur progressiste ». Dans ce cas spécifique, on peut dire que l'autoportrait de ce parti, au moins en ce qui concerne ses positions politiques (idéologiques), est fait à partir d'autres catégories ou d'autres distinctions.

Pour répondre à ces objections, Bobbio va dire que même si on reconnaît que le monde a changé et que la société est devenue de plus en plus complexe, on ne peut pas ignorer le fait que dans le quotidien de la politique, la distinction est encore beaucoup utilisée (affirmation d'ailleurs confirmée par mes données). La question est alors, à mon avis, de vérifier comment, dans quel contexte et avec quelle finalité on emploie cette distinction dans les communications.

Les termes de la distinction peuvent être considérés comme un *médium* ou des enveloppes *relativement* vides dans lesquelles on doit mettre du contenu à chaque usage ou chaque fois que l'opposition est employée. Et effet, droite/gauche ne représente pas deux ensembles d'idées figées, mais plutôt un axe qui peut changer considérablement à chaque usage et/ou dans le temps. Néanmoins, il faut que les termes soient antithétiques, c'est-à-dire qu'ils s'excluent mutuellement. Autrement dit, aucun mouvement ou idéologie ne peut être, en même temps, de droite et de gauche (Bobbio, 1994 : 1).

D'après Bobbio il y aurait cependant un aspect, dans la société moderne, qui resterait toujours à la base de la distinction droite/gauche, au moins dans le monde de la politique: il s'agit du principe de l'égalité, ou mieux encore, l'attitude de chaque côté vis-à-vis l'idéal d'égalité (sociale et/ou économique) (Bobbio, 1994: 60). La droite serait ainsi identifiée à ceux qui privilégient l'inégalité face à l'égalité, dans le sens de l'accepter comme un aspect naturel qui ne peut pas être éradiqué tandis que la gauche privilégierait plutôt l'égalité, dans le sens de lutter pour la réduction de l'inégalité.[3]

Le principe de l'égalité en droit signifie normalement que tous les individus sont égaux devant la loi, ou autrement dit, qu'il faut traiter également les individus lorsqu'ils sont soumis à la loi, en l'occurrence à la loi criminelle. Cela signifie une seule justice criminelle pour toutes les classes sociales. Dans le cas spécifique de la punition ou de la peine (par opposition aux normes de comportement et de procédure), le critère « égalité » ne semble pas garder le même pouvoir de distinguer deux positions significatives. Empiriquement, je n'ai trouvé aucune référence dans mes données où conservateurs et progressistes pourraient se différencier à partir d'une attitude quant à la punition lorsqu'un même acte (le même crime) est commis par des personnes de statuts socio-économiques différents. Autrement dit, la classe sociale de l'accusé, le pouvoir qu'il peut détenir, les relations politiques qu'il a nouées, etc., n'ont pas été, en ce qui concerne les communications observées, des facteurs importants pour égaliser ou différencier la peine.

Lorsque Bobbio «ontologise» la distinction avec le critère construit à partir du principe de l'égalité, les catégories *conservateur/progressiste* perdent leur valeur comme outils analytiques pour penser aux peines criminelles. Le problème est que la perspective économique ou sociale du principe de l'égalité, telle que proposée par Bobbio, n'est pas capable de distinguer les sanctions à l'intérieur du pénal. Du point de vue des peines, il y a un seul cas où le thème de l' (in) égalité sociale génère une distinction importante : il s'agit d'une norme de procédure criminelle qui détermine la garantie de la « prison spéciale » pour certains condamnés considérés comme « différenciés », tels ceux qui sont

[3] Nisbet (1986) va aussi soulever la question de l'égalité pour différencier les conservateurs des « libéraux-radicaux ». D'après lui, les conservateurs perçoivent l'existence de la différenciation sociale et de la hiérarchie comme fondamentale pour maintenir l'ordre et la liberté, concepts fort reliés à l'idée de protection de la propriété. Le principe de l'incompatibilité de la liberté et de l'égalité est ainsi au cœur de la pensée conservatrice.

diplômés[4]. La différence entre la prison spéciale et la prison commune est exclusivement l'endroit où les condamnés seront placés : les « prisonniers spéciaux » restent dans un local séparé des « prisonniers communs ». Dans ce cas, il s'agit évidement d'une règle contraire à l'idéal d'égalité, vu qu'elle privilégie, du point de vue des peines, ceux qui sont socialement « privilégiés » soit en raison de leurs études, soit en raison de leurs professions (par exemple les juges ou les chefs de police). Si j'utilise le critère de Bobbio, dans un tel cas, sont conservateurs ceux qui soutiennent une telle norme et progressistes ceux qui la refusent sur la base du traitement inégalitaire des condamnés.

Dans la société contemporaine, *fonctionnellement* différenciée (Luhmann : 1984), c'est-à-dire différenciée par systèmes de fonction et non, par exemple, par classes sociales, la discussion sur l'égalité (socio-économique) n'intègre pas vraiment la sémantique sur les sanctions criminelles. Et ce, même si dans la « pratique » on peut observer une application « différenciée » ou « inégale » (en ce qui concerne les pauvres et les riches) des peines. Or, même si on ne peut pas appliquer le critère de l'attitude face à l'égalité au cas du pénal, il me semble qu'il y a dans le critère de Bobbio une distinction implicite en ce qui concerne une vision plus ou moins « humaniste » de la politique. Et cette opposition *plus humaniste/ moins humaniste* me parle davantage quand je pense à la création des lois criminelles.

Avec cette idée à l'esprit, mais tout en évitant le risque d'«ontologiser» la distinction, tel que l'a fait Bobbio, je vais abandonner complètement le critère utilisé par lui et me tourner vers mes données empiriques, notamment les entrevues, pour vérifier quelle *forme* va émerger de la distinction droite/gauche. Autrement dit, je veux observer comment les interviewés vont préciser le contenu sémantique de chaque côté de la distinction, quand le thème est la production d'une loi pénale. Ainsi, pour arriver à remplir l' « enveloppe vide » de la distinction, je me suis basée exclusivement sur le discours des politiciens et des militants.

D'abord, une petite remarque d'ordre lexical: dans les entrevues et les débats parlementaires, plusieurs termes ont été utilisés pour faire référence à une opposition de valeurs ou d'idées : droite/gauche, conservateur/progressiste, autoritaire/démocratique, réactionnaire/non réactionnaire,

[4] L'article 295 du Code de procédure criminelle détermine que seront conduites à des prisons spéciales les personnes suivantes : I – les ministres d'État ; II – les gouverneurs et les maires; III – les députés fédéraux et les sénateurs ainsi que les députés des États ; IV – les citoyens inscrits dans le « Livre du Mérite » ; V – les militaires ; VI – les juges ; VII – les diplômés, etc.

etc. Comme la distinction conservateur/progressiste est celle qui apparaît le plus dans mes données, c'est celle que je vais davantage adopter ici. Les différences de fond politique qui peuvent exister entre les distinctions (par exemple entre conservateur, réactionnaire ou partisan de la droite) ne sont pas importantes par rapport à mon thème puisque, empiriquement, elles ne m'ont pas indiqué de différences significatives d'observations quand l'une est employée à la place de l'autre.

Les conservateurs sont identifiés (par les « progressistes ») *grosso modo* de deux manières : d'abord ils sont identifiés à ceux qui valorisent le recours au droit criminel comme la réponse «naturelle» aux problèmes, tandis que les progressistes seraient ceux qui valorisent plutôt d'autres types de réponses, plutôt préventives ou sociales. Ensuite, les conservateurs seraient ceux qui défendent des peines (carcérales) sévères pour les crimes en général, c'est-à-dire ceux dont l'attitude est, dirait-on, plus « punitive » à l'endroit du phénomène de la criminalité comparativement à celle des progressistes.

Il faut prendre note que l'attribution de la catégorie « conservateur » a été faite dans les entretiens d'une façon très générique, sans spécification du type de crime auquel on fait référence, ce qui aurait pu changer complètement la perspective. Commençons par le premier type d'attribution de sens à la distinction conservateur/progressiste, à savoir *ceux qui valorisent davantage la réponse pénale/ceux qui valorisent aussi des réponses alternatives au pénal* :

97	Alors, l'aile conservatrice du Parlement veut des peines sévères pour les crimes communs, elle veut la diminution de l'âge pénal à 14 ou 16 ans. Aujourd'hui l'âge pénal est 18 ans. Donc, à partir de la conjoncture, un cas grave, qui soulève l'attention de l'opinion publique, qui donne lieu à un tas de propositions de projets de loi et qui dénote une action réactive. Je crois que ceci ne résout pas le problème de la sécurité publique et de la violence. Je crois qu'on a besoin de plus de projets proactifs, qui travaillent plus avec la prévention de la violence qu'avec les actions prises après que la violence ait été commise. (...) Ceci est un regard spécifique du parlement brésilien: dans sa majorité il pense aux projets de loi à l'égard de la criminalité de façon réactive. Alors il va toujours penser aux peines plus dures auxquelles la société penserait, parce que dans le Parlement, la fraction plus conservatrice de la société est davantage représentée. C'est toujours une réponse immédiate et réactive. La société civile a tendance à penser de façon plutôt proactive que réactive. (Militant-M2)	Réponse réactive (peine)/réponse proactive (mesures sociales) Effets immédiats /effets moyen-long terme

Pour ce militant, les conservateurs sont ainsi définis comme ceux qui valorisent les réponses « immédiates » et « réactives » au problème de la criminalité, telles des peines longues de prison.

D'autre part, les progressistes seraient ceux qui valorisent des réponses « non réactives » ou encore « proactives ». Si une réponse n'est pas « réactive », elle serait normalement de nature « préventive », dans le sens général de prévenir l'acte, plutôt que de réagir à l'acte après son avènement. Notons qu'ici le concept utilisé de « prévention » n'a pas de lien direct avec l'idée de « prévention pénale », au sens de la dissuasion. Il me semble que dans cette communication, le militant voulait mettre l'accent sur des mesures de nature « sociale », disons l'éducation, la distribution de la richesse et d'opportunités, etc. Remarquons que ce militant, qui s'auto-observe comme progressiste, est lui-même impliqué dans des demandes pour des peines sévères dans certains cas.

À côté de la distinction valorisation de la punition criminelle/valorisation des mesures de prévention sociale, il me semble qu'on peut extraire de cette citation une autre distinction, à savoir : *réponses immédiates/réponses non immédiates ou de moyen et/ou long terme*. Les conservateurs seraient alors identifiés à ceux qui défendent les réponses immédiates au crime, telle l'établissement de pénalités sévères, tandis que les progressistes soutiendraient des réponses non immédiates au crime et à la violence. Ces mesures consisteraient dans les mesures préventives que j'ai mentionnées ci-dessus et qui ne passent pas par la punition carcérale. Cette deuxième distinction contient ainsi une dimension temporelle qui n'est pas présente dans la première.

Faisons maintenant une réflexion sur les deux distinctions mentionnées : 1) valorisation des sanctions criminelles (à travers la peine carcérale) / valorisation des mesures préventives et 2) réponses immédiates (à travers les peines dures de prison) / réponses à moyen et long terme (à travers les mesures préventives). Si on se place du côté des *progressistes* (valorisation des mesures préventives et réponses à moyen et long terme), on ne voit ici aucune référence aux sanctions criminelles. Ceci ne veut pas dire que les progressistes sont contre toutes les sanctions criminelles ou même que les sanctions criminelles doivent être moins utilisées ou remplacées par des programmes de prévention du crime. La seule information que la distinction nous donne par rapport à la position des progressistes est qu'ils valorisent les mesures sociales tandis que les conservateurs ne le font pas. Je vais revenir sur ce sujet plus tard, mais je veux indiquer dès maintenant que le fait de distinguer les progressistes à partir de la valorisation des réponses au crime autres que la peine ne dit rien par rapport à leur position quant aux sanctions criminelles pas plus qu'il n'indique si les progressistes sont effectivement moins punitifs que les conservateurs.

Passons maintenant à la distinction *conservateur/progressiste* réalisée à l'intérieur du système de justice criminelle, c'est-à-dire en considérant les sanctions criminelles comme des

réponses au crime des deux côtés de la distinction. J'ai trouvé ici deux types d'attribution de sens : d'abord, il y a une opposition entre ceux que la réhabilitation du condamné préoccupe et ceux qui n'y pensent pas. Pour ces derniers, avoir des peines sévères s'avère un critère suffisant pour une « bonne » punition:

98	Au Brésil on ne pense pas beaucoup à la resocialisation, à la réintégration. Alors, si le type commet un crime et principalement si ce crime touche tout le monde, surtout la classe moyenne, la répercussion sera beaucoup plus grande. Parce qu'il y a une vision des milieux réactionnaires que la peine sévère, l'appareil étatique, punissent le criminel de façon juste. (Politicien – P1)	Resocialisation/ peine strictement répressive

Cette communication suppose ainsi la distinction *peines de prison sans programme de réhabilitation/peines de prison avec des programmes de réhabilitation*. Les progressistes seraient alors ceux qui sont préoccupés par la réhabilitation des condamnés, tandis que les conservateurs ne le seraient pas. À partir d'une telle distinction, il n'est pas possible de dire s'il y a une différence entre les positions des deux côtés (conservateurs et progressistes) à l'égard du recours aux peines de prison ou même à l'endroit de leur sévérité. Le fait de défendre la réhabilitation n'implique pas nécessairement une critique de la peine de prison ou de sa durée ; il indique seulement une position sur la question des effets de la peine chez le condamné.

Aussi, à l'intérieur du système pénal et donc à partir du recours aux sanctions criminelles, il y a plusieurs communications où la distinction *conservateur/progressiste* est utilisée pour opposer des conceptions favorables à des *peines plus sévères* et favorables à des *peines moins sévères*. Bien entendu, on parle ici de peines de prison.

99	Parce que les juristes ainsi que les politiciens croient, d'une manière générale, que la prison doit exister. Ils peuvent même être contre l'endurcissement des peines ou les peines sévères. Mais les progressistes sont contre cet endurcissement. Moi, je ne sépare pas le droit et la politique par rapport à la question des peines. Je pense que ce sont des pratiques conservatrices, qui défendent certaines postures politiques (...). (Militant – M2)	Peine plus grande/moins grande (question de *quantum*)

Les progressistes ici seraient ceux qui se prononcent contre l'endurcissement des peines tandis que les conservateurs seraient ceux en faveur de rendre les peines encore plus sévères. Cette distinction, ainsi que les autres, ne nous permettent pas d'affirmer grand-chose sur la position des

progressistes à l'égard des peines : à partir de celle-ci, on n'est pas capable de dire, par exemple, si les progressistes sont en faveur des peines alternatives ou même des peines légères de prison ; elle nous permet tout simplement d'énoncer que, comparativement aux conservateurs, les progressistes seraient « moins » répressifs au sens de ne pas stimuler la création de pénalités encore plus longues (même si on ne peut pas savoir non plus quels sont les paramètres nous permettant de définir une peine comme longue ou courte) ou exclusivement répressives (qui ne resocialisent pas).

Ces réflexions sur les « points aveugles » du côté « positif » de la distinction ont pour but de jeter de la lumière sur un problème de logique progressiste, qui va d'ailleurs apparaître empiriquement lors de la discussion sur la punition des crimes contre l'humanité. Ce problème consiste à ne pas clarifier leur position sur la question du recours à la peine de prison. Lorsqu'ils affirment que les conservateurs sont en faveur de peines carcérales sévères, ils ne disent pas si eux-mêmes le sont et comment. Autrement dit, ils n'explicitent pas qu'ils valorisent aussi la punition, même si cette punition doit être accompagnée d'autres mesures sociales. Le fait de ne pas voir qu'ils la valorisent aussi permet aux progressistes de continuer à se dire différents des conservateurs et de ne pas faire une autocritique de leur propre position.

La citation suivante est de ce militant à qui l'on doit la citation que je viens d'analyser (citation n° 99). Ici, l'interviewé mentionne encore une fois la question du durcissement des peines et la met en rapport avec les phénomènes de la criminalisation de la pauvreté et de la politique de tolérance zéro. Tous ces problèmes seraient attribués à la globalisation et à l'exportation du modèle d'État néolibéral nord-américain:

100 | Je parle principalement de la violence de l'État, de ses agents (...). En fonction de cet État néolibéral qui se présente toujours comme un État qui intervient minimalement sur le plan social, n'est-ce pas ? Où les politiques publiques sont précaires... il s'agit d'une question qui a beaucoup à voir avec le mouvement de mondialisation, dans lequel on exporte des États-Unis la politique de tolérance zéro, où la pauvreté est criminalisée, où on défend l'endurcissement des peines, où plus de policiers dans les rues signifie plus de sécurité publique.
(Militant – M3)

En ce qui concerne la distinction *conservateur/progressiste*, il est pas mal évident qu'on est ici dans la face *conservateur*. En tant que militant des droits de la personne, qui se voit comme un activiste de gauche, cet interviewé va se positionner de façon « critique » à l'égard d'un telle politique pénale hautement « répressive ». La question intéressante à analyser dans ce passage est

comment l'interviewé observe les problèmes tant de la criminalisation de la pauvreté que de l'endurcissement des peines comme des questions propres au moment *présent* (au moins depuis la période de la dictature militaire), dont l'origine ou les causes sont *externes* (l'importation du modèle nord-américain de l'État néolibéral).

Une telle communication transmet le message qu'être en faveur de l'État néolibéral implique être en faveur d'une politique pénale répressive. Par conséquent, être critique (ou progressiste) serait justement se positionner contre l'imposition d'un tel modèle d'État néolibéral. Deux questions me paraissent pertinentes à cet stade: d'abord, le fait d'attribuer des explications externes à certains problèmes (internes) implique toujours le risque d'oublier des variables internes importantes. Il faut considérer les limites de l'application d'un modèle explicatif qui met en place une causalité de type linéaire (Pires, Cellard et Pelletier, 2001) pour analyser des faits comme ceux-ci. Une explication basée sur une telle logique va considérer des faits spécifiques, qui peuvent être la conjoncture historique, les revendications des mouvements sociaux, un événement socialement important, etc., comme « cause », et les politiques pénales adoptées, tel l'endurcissement des peines, l' « effet ». Un des problèmes d'un tel type d'analyse est de laisser de côté des aspects qui ne vont pas apparaître dans une logique purement linéaire, comme le rôle joué par les systèmes de pensée. Spécifiquement dans le cas du système de justice criminelle, la rationalité pénale moderne. En étant un aspect qui est toujours là, le système de pensée n'est jamais considéré comme une possible influence : « on ne voit pas, et alors on ne l'indique pas, que l'explication est à la fois tronquée et incomplète » (Pires, Cellard et Pelletier, 2001 : 214).

La deuxième question concerne l'éventuel problème qui peut émerger d'une observation (superficielle) de l'analyse que je viens de faire de cette communication. Si cette analyse est observée légèrement, elle peut être jugée comme « conservatrice » par une pensée qui se croit « critique », surtout à l'égard du système pénal. Néanmoins, l'analyse réalisée ne fait que se distancier de l'observation faite par l'interviewé sans pour autant l'endosser, en acceptant la même distinction qu'elle fait. Comme je le disais, la « critique » du fonctionnement du système pénal en ce qui a trait à l'endurcissement des peines et à la criminalisation de la pauvreté dans ce passage, voit dans l'État néolibéral la source des problèmes, ce que je questionne. En fin de compte, c'est comme si la « solidarité politique » exigeait le « partage de la cécité ». Il faut toujours faire attention à ne pas confondre l'observation de deuxième ordre d'une critique – en pointant les problèmes de la critique – comme si c'était la négation de la critique ou la négation de la possibilité de formuler encore d'autres critiques, peut-être même plus pertinentes ou plus explicatives des problèmes.

Dans la citation suivante (n° 107), on est encore dans le domaine des sanctions *criminelles*. La distinction que le politicien utilise ici est proche de celle utilisée dans la communication précédente (plus de peines/moins de peines) sauf qu'ici le politicien construit la distinction en qualifiant les deux faces : les progressistes défendent l'usage « minimaliste » de la prison, tandis que les conservateurs adoptent la posture inversée, d'emprisonner « tout le monde ». Dans ce passage on ne trouve pas les expressions conservateurs ou progressistes. Toutefois, l'interviewé va bien délimiter la vision du gouvernement (qui est formée par des partis traditionnellement identifiés à la gauche, comme le PT) concernant la question des peines :

101	Ah, le Brésil a adopté une manière de penser différente. Il y a toujours des gens au Brésil qui sont amoureux de la politique pénitentiaire des Etats-Unis, emprisonner tout le monde, le maximum de gens, tolérance zéro. Ici, au Brésil, il y a une autre philosophie en train de se construire, de seulement amener en prison les cas qui doivent être privés de leur liberté, sans aucun doute. Et aussi la vision que la prison ne récupère pas, ne resocialise pas, que cela est très difficile. Donc, la privation de liberté doit être faite dans les cas d'extrême nécessité. Celle-ci, c'est la ligne de pensée qui naît au Brésil, qui est celle de notre gouvernement, du PT, la vision de notre gouvernement. (Politicien – P4)	Prison/moins de prison possible

On reste ainsi avec la distinction *plus de prison possible/moins de prison possible*, où les conservateurs seraient ceux qui valorisent la prison, à l'instar de la politique américaine de « tolérance zéro », tandis que les progressistes trouvent que la prison doit être utilisée le moins possible, uniquement dans les cas d'extrême nécessité.

Outre la question de la distinction utilisée, ce passage m'amène encore une fois à réfléchir sur les problèmes de l'observation, notamment de l'observation de 1er ordre. Lorsque ce politicien dit qu'au Brésil la manière de concevoir les peines est en train de changer considérablement et qu'on envoie en prison que les cas où la suppression de la liberté est réellement nécessaire, ceci m'amène à me demander quelle est la « réalité » que ce député est en train d'observer. Cette question est pertinente parce que la plupart des observations de la « réalité » concernant les peines, y compris les entretiens réalisés dans le cadre de cette recherche, vont dans le sens que le Brésil fait écho aux tendances punitives qui dominent dans le reste du monde occidental. Et qu'il est très loin de la mise en œuvre d'une politique pénale effectivement « différente » au sens de moins punitive et plus

tolérante. Il suffit d'observer la législation pénale actuelle et/ou les décisions des juges pour vérifier que la prison est toujours la peine la plus utilisée y compris dans les cas où elle n'est pas nécessaire[5].

De ce fait, je dirais qu'on est face à un cas où l'observation de l'observateur ne passe pas le « test de la réalité ». Or, pour celui qui formule l'observation, elle lui semble précise et cohérente par rapport à la réalité. Comment expliquer un tel phénomène? Comment expliquer qu'un politicien puisse émettre une communication tellement distincte de la réalité « expérimentale » ? Du point de vue des théories cognitives, Maturana (1990: 26) nous montre que, dans la vie quotidienne, il n'est pas possible pour les observateurs de distinguer entre *perception* (ou appréhension) de la réalité et *illusion* (ou perception « trompeuse » de la réalité). Pour rendre plus claire une telle affirmation, Maturana relate des cas où on observe comme identiques des situations qui, du point de vue expérimental (de la physique, par exemple), sont complètement distinctes[6]. Ce qu'il veut souligner, c'est que les opérations d'observation et d'explication sont toujours réalisées à partir de la personne et ne se réfèrent pas à la *réalité* de l'objet expliqué ou décrit. L'explication n'est jamais indépendante de l'observateur.

Bien entendu, ceci ne veut pas dire que nous sommes tout le temps en train d'observer la réalité d'une manière illusoire, mais tout simplement que l'observateur, lorsqu'il fait une observation de premier ordre, n'est pas capable de distinguer par lui-même l'illusion de la réalité. Et la propre construction de cette distinction (illusion/réalité) n'est possible que si on considère que l'explication (ou la description) est une opération distincte de la réalité et que sa validité dépend uniquement de son acceptation par l'observateur (Maturana, 1990 : 28). Si l'observateur l'accepte, voilà, l'explication est désormais valide. C'est justement le cas de la description réalisée par le député à propos de la politique concernant les peines au Brésil.

En reprenant les distinctions, je vais résumer les idées analysées jusqu'ici dans le tableau suivant, en modifiant l'ordre dans lequel j'ai présenté les citations :

[5] Pensons aux situations des crimes qui ne sont pas considérés d'une extrême gravité, tels les vols, qui sont d'ailleurs à l'origine de l'incarcération d'une bonne partie des prisonniers au Brésil. En juin 2008, 46% de la population carcérale était condamné pour crime de vol ou vol qualifié, ce qui équivaut à un nombre de 176,899 détenus (Ministério da Justiça, 2008). Certes, parmi ces détenus, il y en a qui ont commis des crimes en utilisant de la violence, bien qu'à différents degrés. Or, de ce total (176,899), au moins 61,579 ou (34,81%) d'entre eux ont été accusés de vols sans avoir eu recours à quelque violence (crime de « furto » d'après la législation pénale brésilienne).

[6] Ici je fais référence à l'expérience des ombres colorées racontée par l'auteur à la page 23. Dans un jeu de faisceaux de lumière blanche et rouge et des ombres, on arrive à voir une ombre verte, même si du point de vue de la physique (avec les mesures de la longitude de la vague, etc.) l'ombre est blanche. Il s'agit d'un cas typique d'illusion chromatique.

Tableau 4.4
La distinction *conservateur/progressiste* à partir des *idées-moyen* sur les peines pour des crimes « ordinaires »

	CONSERVATRICES *(idées-moyen)*	**PROGRESSISTES** *(idées-moyen)*
1	Réponses réactives-punitives (non-valorisation des mesures sociales préventives)	Réponses proactives (valorisation des mesures (sociales) préventives)
2	Valoriser les réactions immédiates (effets immédiats) (par la peine carcérale)	Valoriser les réponses à moyen/long terme (effets à moyen/long terme) (par la prévention sociale)
3	Utiliser la prison le plus possible	Utiliser la prison le moins possible
4	Peines sévères de prison en général	Peines moins sévères de prison en général
5	Peines de prisons sans programmes de réhabilitation	Peines de prison avec des programmes de réhabilitation

D'après la vision du même militant à qui l'on doit la citation n° 100 (M3), un sixième sens est attribué à la distinction *conservateur/progressiste.* J'ai décidé de l'exclure du tableau ci-dessus parce qu'il s'agit d'une thématisation un peu particulière de la distinction qui touche une question un peu parallèle à la question des peines. Selon le militant, les conservateurs (ou les politiciens de la droite), n'auraient pas un penchant pour l' « innovation » de sorte qu'ils garderaient toujours les mêmes « pratiques (pénales ?) traditionnelles ». Les progressistes seraient alors ceux qui accueillent l' «innovation » avec une telle sympathie et seraient plus favorables aux « changements ».

102	(...) je pense qu'il y des tas de politiciens conservateurs et ce n'est pas par hasard qu'on voit l'émergence de certains politiciens dans le scénario politique, des politiciens qui sont en faveur justement de cette pénalisation exagérée (...). Autant le droit que la politique sont très conservateurs. Ils sont contre tous les types d'innovation, ils sont traditionnels, il s'agit de pratiques très traditionnelles. Disons qu'ils se positionnent contrairement à tous les types de changements. (Militant – M3)	Pour ou contre l'« innovation »

Ici, il faut faire attention au médium « innovation » utilisé. D'abord parce que dans la citation, le militant fait référence à l' « innovation » et au « changement » comme s'ils étaient des synonymes. Ensuite, parce que si on analyse l'ensemble des prises de position de cet interviewé, l'idée même d' « innovation », notamment dans le champ des peines, ne se tient pas.

Je vais faire quelques remarques sur le concept d' « innovation », appuyées sur des réflexions de Dubé (2008). Les changements (dans un système de fonction ou dans une organisation, par exemple) peuvent être *innovateurs*, *redondants* ou *régressifs*. Dans les cas des changements (variétés) *innovateurs* ou *régressifs*, Dubé souligne que ces deux formes introduisent un élément inattendu par rapport aux opérations « ordinaires » du système. Néanmoins, « la variété *innovatrice*, contrairement à la régressive, implique une forme de créativité et d'augmentation de la complexité » (Dubé, 2008: 19, c'est moi qui souligne). Un aspect important de cette définition est que les idées (ou les actions) sont innovatrices *par rapport à un système de référence quelconque*. Dans le contexte du système pénal, si on veut vérifier si une idée est ou non innovatrice, il faudrait alors contraster cette idée avec les idées reproduites « institutionnellement » dans les opérations du système et voir si elle modifie ou non la structure du système de référence.

D'après cette notion d'*innovation,* on conclut que ce n'est pas n'importe quel changement qui va caractériser nécessairement une innovation. À travers l'activité législative, plusieurs changements au niveau des normes de comportement (définition des crimes) sont constamment introduits dans le système de droit criminel. Or, ceci ne nous permet pas de parler de changements innovateurs, qui amènent à l'évolution du système (Dubé, 2008). De la même façon, la réduction, menée par le législateur, des années d'une peine de prison prévue pour un crime déterminé, peut signifier rien de plus qu'un simple « changement » dans la législation sans qu'y soit accrochée l'idée de quelque « innovation ». Dans ces cas, les modifications législatives signifient simplement une « nouveauté de surface », qui ne perturbe pas la matrice centrale du système (Pires et Cauchie, 2007 : 9).

Le cas de la récente loi sur les drogues au Brésil (loi n° 11.343, du 23 août 2006) est un exemple d'une *innovation législative* en matière de peines, puisqu'elle exclut complètement la prison comme option de peine et détermine à sa place les possibilités suivantes: 1) l'avertissement sur les effets des drogues; 2) les prestations de services à la communauté; 3) la mesure éducative de participation à un programme ou cours éducatif. L'aspect innovateur de cette loi est justement le fait

de définir des peines différentes de la prison et de l'amende pour un crime grave. Par ailleurs, les peines prévues dans la loi n'ont pas usuellement le statut de peines juridiques, indépendantes des peines de prison (Pires et Cauchie, 2007: 3).

Dans la citation n° 102 quand le militant assume que les conservateurs sont contre les innovations, la distinction qu'il est en train d'utiliser pour parler des conservateurs et des progressistes est *contre les innovations/favorable aux innovations*. De ce fait, les progressistes seraient ceux qui sont favorables aux innovations. Alors, si on applique les définitions utilisées ici, les progressistes seraient plus enclins à proposer et à défendre des nouveautés ou des changements qui vont « perturber la matrice de référence » du système de peines. Or, l'analyse de l'ensemble de l'entretien de ce militant va nous indiquer que ses idées concernant les peines n'ont absolument pas la capacité de susciter des perturbations dans la matrice centrale du système. Dans d'autres passages de son entretien, ce militant va exprimer clairement son attachement à la peine de prison, sa méfiance à l'endroit des peines alternatives, sa croyance dans la théorie de la dissuasion, en dépit de plusieurs réticences, etc.

Passons maintenant au dernier extrait de cette section. Dans l'extrait suivant, on trouve deux aspects qui se différencient des autres citations. Ici, l'interviewé ne fait pas référence à l'opposition *conservateur/progressiste*. Néanmoins, lorsqu'il est un politicien qui « s'autodéfinit » de gauche, en plus d'intégrer un parti traditionnellement situé à gauche (PT – Parti des travailleurs), cela me permet de le classer dans la face *progressiste* de la distinction (rappelons que dans cette analyse, je suis en train d'utiliser « gauche » et « progressiste » comme des synonymes). Ainsi, c'est moi qui attribue l'étiquette de progressiste à l'interviewé qui se manifeste sur la question des peines, en faisant à cet égard une observation de 1er ordre (chapitre II).

103	(...) dans la mesure du possible, je suis très favorable à l'application des peines alternatives... parce que les peines de réclusion, de prison... sont contraires aux principes d'humanité. C'est beaucoup mieux une personne qui contribue à la société, qui fait quelque chose de positif après le mal qu'elle a causé. (Politicien – P3)	Gauche et peines alternatives

Deuxièmement, dans cette communication, on lit une défense du recours aux peines alternatives. Ici, un politicien qui appartient à la gauche, défend explicitement le recours massif à ce type de peine. Certes, j'ai aussi trouvé dans d'autres entretiens un discours générique favorable aux

alternatives, mais non aussi expressif. D'après une telle citation, on est amené à établir des liens entre la gauche ou les progressistes et la défense des peines alternatives comme effectivement une « alternative » sérieuse à la prison. Néanmoins, comme on le verra un peu plus loin dans ce chapitre, l'attachement de ce politicien à une telle l'idée (l'utilisation « le plus possible » de la peine alternative) n'est finalement pas suffisamment convaincante, dans le sens qu'il finit par préétablir une série de conditions nécessaires à la configuration de cette peine comme une « vraie » option.

4.2 Conservateurs et progressistes face à la punition du crime de torture

Maintenant, qu'arrive-t-il au contenu de chaque côté de la distinction *conservateurs/progressistes* quand il s'agit spécifiquement de la création du crime de torture et de sa punition? Empiriquement, j'ai constaté que les sens attribués dans les communications politiques pour décrire (ou identifier) les conservateurs et les progressistes variaient quand la question était la création de la loi contre la torture. Autrement dit, peu importe la manière utilisée pour distinguer les conservateurs des progressistes, lorsque le thème passait des crimes « ordinaires » au crime de torture, la manière de traiter chaque face de la distinction changeait considérablement.

4.2.1 Conservateurs et progressistes face à la criminalisation de la torture

Chaque face de la distinction *conservateur/progressiste,* lorsqu'elle est utilisée dans le contexte de la discussion sur le crime de torture, revêt plusieurs sens pour décrire les positions concernant : 1) la pertinence de la création d'une loi spécifique pour créer un tel crime et 2) la sévérité de ses peines. Bref, ce n'est pas uniquement le *quantum* de la peine qui compte pour établir la différence entre conservateurs et progressistes. La position des politiciens et des militants quant à la nécessité/adéquation de produire une loi portant spécifiquement sur la torture est un élément important pour distinguer les conservateurs et les progressistes.

Dans quelques entretiens, on lit que les conservateurs (toujours d'après les progressistes) sont ceux qui n'ont pas manifesté un intérêt spécial pour l'approbation de la loi. Ces politiciens n'auraient pas manifesté une opposition explicite au projet, mais ne l'ont pas soutenu non plus. Leur attitude à l'égard de la loi n'en était pas une de rejet, mais exprimait plutôt une certaine réserve face au projet : le fait qu'une loi qui criminalise la torture puisse inhiber considérablement l'action de la police dans son combat contre le crime. Autrement dit, les conservateurs seraient ceux qui sont critiques ou indifférents à la création de la loi :

104	Les juristes de droit pénal ainsi que les politiciens sont conservateurs. (...) Parce que tu vois, ce n'est pas parti d'aucune faculté de droit ou de l'Ordre des Avocats du Brésil, une suggestion quelconque pour la création d'une loi contre la torture. Peut-être on peut trouver un avocat qui a été intéressé par le sujet, mais le sujet est passé au Parlement sans la moindre intervention des avocats ou des juristes de droit pénal... (Politicien – P1)	Indifférence/ non-indifférence à la loi
105	(...) la discussion qui a eu lieu au Parlement sur la question de la torture a été relativement facile. (...) Facile dans le sens de ne pas avoir eu d'obstructions, de discussions où il n'y avait pas d'opposants, même si le groupe de la droite n'a pas défendu, ne s'est pas enthousiasmé pour la question, il ne créait pas des obstacles insurmontables. Pour cette raison la discussion s'est bien déroulée. (Politicien – P2)	Appui / non-appui à la loi

Dans ces deux citations, on voit des communications concernant la création de la loi, sans aucune référence explicite aux peines. J'imagine donc qu'ils font ici plutôt référence aux normes de comportement, c'est-à-dire à la création du crime de torture. Apparemment alors la discussion tourne autour de l'importance d'appuyer la création d'une loi spécifique pour faire de la torture un crime, même si on sait que la peine est un élément sous-entendu dans ce processus.

Dans l'extrait suivant, on vérifie que la distinction *conservateur/progressiste* est faite à partir des catégories *position autoritaire* et *position démocratique* : la première attaque la création de la loi et la deuxième la défend :

106	C'est à dire, on a eu une négociation et un débat intense au Parlement sur le thème de la torture. Et généralement on confrontait une position démocratique avec une position autoritaire qui soutenait l'argument qu'on ne doit pas gêner l'action de l'agent de l'État face à la criminalité. (Politicien – P2)	Création d'obstacles/ non-création d'obstacles pour l'action de la police

D'après la vision de ce politicien (qui se dit progressiste), la position contre la création de la loi (position autoritaire) est basée sur le caractère inadéquat du fait de limiter l'action de la police face à la criminalité. La position en faveur de la loi (position démocratique) serait juste le contraire: il faut limiter l'action de la police, même au prix d'une forte baisse d'efficacité, comme le suggèrent les conservateurs. On a ainsi, d'un côté, les *autoritaires* qui seraient « pro-efficacité » de l'action de la police contre la criminalité (sans égard à la violence qui peut naître de cette efficacité) et, de l'autre,

les *démocratiques*, qui seraient « pro-victimes » ou « pro-répression de la torture » en dépit de l'efficacité de l'action de la police.

Toujours avec l'idée de réfléchir sur la pertinence ou non de la loi à partir de l'action de la police face à la criminalité, un politicien qui s' « auto-identifie » à la « droite » (vu qu'il se distingue de la gauche), manifeste son opinion contre la création de cette loi pour trouver justement qu'il s'agit d'une loi qui défend les bandits et qui leur accorde trop de garanties. Il faut noter qu'on est ici face à l'un des rares cas dans mon univers empirique où un politicien, en se disant *conservateur* (ou de droite), utilise la forme *conservateur/progressiste* pour se positionner explicitement face à la loi (dans ce cas, contre la loi).

107	J'ai toujours été contre la création de la loi contre la torture. Cette loi est sûrement originaire d'un politicien de gauche. Ces politiciens ont cette tendance à défendre les bandits, comprends-tu ? La Constitution de 1988 est aussi dans ce sens. Tout ce que ces gens de la gauche ont fait dans le passé, des enlèvements, des vols à main armée, etc., lorsqu'ils étaient découverts et arrêtés par les militaires, la première chose qu'ils alléguaient, c'est qu'ils avaient été torturés. Et on a créé cette maxime au Brésil (...). Tu prends un vagabond quelconque dans la rue et lorsqu'il est jugé, dans son témoignage, qu'est-ce qu'il allègue? « Cette déposition a été arrachée sous la torture ». Ainsi la législation a visé la punition de l'agent de sécurité publique à travers l'accusation de torture. (Politicien – P5)	Défendre les bandits/ défendre les policiers

Pour ce politicien, donc, les progressistes seraient en faveur de la loi puisqu'elle « défendrait » les criminels, vu qu'elle vise à accuser les policiers de torture. Pour lui (conservateur), la loi est une manière de punir injustement la police et, pour cette raison, il prend explicitement position contre elle.

Dans le tableau suivant, j'ai fait un résumé des utilisations de la distinction *conservateur/progressiste* observées jusqu'ici lorsqu'on se réfère à la création de la loi. J'ai aussi explicité les types de catégorie analytique auxquels la case fait référence.

Tableau 4.5
La distinction *conservateur/progressiste* et la création de la loi contre la torture

(Auto) portraits	**CONSERVATEURS**	**PROGRESSISTES**
Idées-motivation	Contre la loi pour ne pas limiter l'action de la police/protéger le policier (et ainsi contrôler la criminalité)	Favorables à la loi pour contrôler l'action de la police/protéger les accusés (et ainsi contrôler la violence de la police)
Idées -moyen	Pas d'appui politique explicite ou opposition à la création du crime de torture	Appui politique explicite à la création du crime de torture

Si on reprend les catégories *portrait-(idée)motivation-(idée)moyen* pour analyser le tableau, on reste face à deux situations différentes, ou encore, deux combinaisons analytiques. Dans la première colonne, on est en présence de portraits *conservateurs* (poC) qui soutiennent des motivations *conservatrices* (moC), traduites dans la préoccupation de ne pas limiter l'action (répressive, même violente) de la police dans son travail contre le crime et l'insécurité publique. L'idée communiquée est celle de ne pas donner un appui explicite à la loi ou à la création d'un crime spécifique de torture, ou dans certains cas, la refuser, comme c'est le cas de la citation 113. Le fait, en soi, de ne pas appuyer une loi qui crée un crime ne peut pas être, à mon avis, qualifié comme conservateur ou progressiste. Surtout parce qu'on n'est pas ici en train de spécifier le contenu de la loi, y compris de sa peine. On serait ainsi dans une *situation de cohérence* portrait-(idée)motivation *conservatrices* et une idée-moyen *neutre*.

Dans la deuxième colonne du tableau, on est face à la situation contraire: des portraits progressistes (poP) qui soutiennent une motivation progressiste (moP), à savoir la préoccupation de contrôler l'action (violente) de la police pratiquée contre les accusés. L'idée communiquée dans ces cas (citations 110 et 112) est d'appuyer la création de la loi contre la torture. Ainsi que dans le cas mentionné ci-dessus (se rapportant aux conservateurs), le simple fait de soutenir l'approbation d'une loi ne peut pas, en soi, être considéré comme une vision conservatrice ou progressiste. On est ainsi, encore une fois, face à une *situation de cohérence (*progressiste*) portrait* – (idée) *motivation* et une *idée-moyen neutre*.

4.2.2 Conservateurs et progressistes face aux peines pour le crime de torture

J'aborde maintenant la manière de distinguer les conservateurs des progressistes à partir spécifiquement de leurs positions quant aux peines pour la torture et ainsi la façon dont les progressistes (et éventuellement les conservateurs) vont se positionner là-dessus.

Les communications qui suivent sont faites à partir d'une observation de premier ordre, c'est-à-dire à partir de la manière dont les interviewés observent eux-mêmes la question. J'ai séparé les passages en deux catégories : 1) celles qui traitent de l'exclusivité de la prison en tant que peine acceptable pour le crime de torture, en refusant la possibilité d'application des peines alternatives et de l'amende; 2) celles qui soutiennent explicitement la sévérité de la peine de prison en matière de temps d'incarcération.

Dans la première catégorie, j'ai séparé les extraits qui traitent du refus des peines alternatives (prestation pécuniaire, perte de biens, travaux communautaires, interdiction de droits et limitation de fin de semaine) de ceux qui traitent du refus de l'amende comme possibilité réelle de peines pour la torture. Rappelons qu'au Brésil, l'amende n'est pas considérée comme une peine alternative (ou « restrictive de droits », d'après la dénomination du Code criminel brésilien). L'amende peut être prévue soit de façon *alternative* à la prison (il s'agit des cas où on lit dans le Code criminel: peine de prison *ou* amende), soit de façon *combinée* avec la peine de prison (prison *et* amende)[7]. Les peines alternatives, à leur tour, ne vont pas apparaître dans la législation après chaque crime comme la peine prévue, sauf quelques exceptions. Ces dernières peuvent être néanmoins appliquées *par le juge* (et non par le législateur) dans des cas où la sentence détermine une peine inférieure à un an de prison ou dans les cas de crimes « sans intention » (en portugais « crime culposo ») (article 54, du Code criminel brésilien). Il s'agit en fait de peines qui remplacent les peines de prison dans des cas considérés comme moins graves.

Dans les deux extraits suivants, les interviewés (un militant et un politicien d'un parti de gauche) se sont manifestés clairement contre l'application des peines alternatives pour les cas de torture.

[7] L'article 180 du Code criminel brésilien, par exemple, définit le crime de recevoir le produit du crime - en portugais, « receptação ». La peine est de 1 à 4 ans de prison ET amende. Dans l'article 184 du Code criminel brésilien, qui définit le crime de violation des droits d'auteur, la peine prévue est de 3 mois à 1 an de prison OU amende.

108	Tu me demandes s'il est possible d'avoir une peine alternative pour qui commet la torture. Je pense que non, dans aucune hypothèse. Il faut avoir une peine de prison pour qui pratique la torture parce que c'est un crime qui lèse l'humanité ; on ne peut pas le traiter comme un autre crime quelconque. L'idée que j'ai de la peine de prison est justement pour ces crimes où la personne doit absolument être exclue de la vie sociale parce qu'elle viole la société. (Militant – M2)	Refus de la peine alternative pour les cas de torture
109	Je pense que, au point de départ, les peines alternatives sont un cadeau. J'ai torturé et je suis condamné à payer 500 reais, 1.000 reais? Ou je dois faire des travaux à l'encre sur la rue? Moi je trouve cela très peu. Très peu. De la même façon que pour l'homicide. Dans le cas de l'homicide, cette peine est aussi très basse. D'après moi, il faut une peine de perte de liberté. C'est-à-dire la vie est le bien le plus grand, alors comment puis-je atteindre à la vie et payer avec des nuances de tolérance ? Ce n'est pas correct. (Politicien – P6)	

Dans la citation n° 108, ce militant va dire qu'il faut que le tortionnaire soit exclu de la société, de sorte qu'exclusivement la prison jouerait le rôle adéquat de peine. De plus, il s'agit d'un crime de lèse-humanité et on comprend que ceci produit un effet sur la gravité du crime. Je vais traiter de la question des crimes contre l'humanité plus tard dans ce chapitre; pour l'instant j'aimerais juste jeter de la lumière sur le fait que la qualification de « crime contre l'humanité » génère des effets sur la perception de la gravité du crime, indépendamment du comportement. Dans ce même sens, on lit dans la citation n° 109 le rejet de la peine alternative. Ce rejet est basé sur l'idée selon laquelle elle serait trop légère pour un cas aussi grave que celui de la torture. Dans l'échelle de valeurs apparemment construite par l'interviewé, dans les cas de crimes contre la vie (où il inclut la torture), il n'est pas acceptable de concevoir quelque « nuance de tolérance », telle qu'exprimée par la peine alternative. D'après ses propres mots, « au point de départ [les peines alternatives] sont un *cadeau* » (c'est moi qui souligne). Un des points aveugles de ce type de raisonnement en ce qui concerne l'appellation « torture » – déjà mentionné dans le chapitre précèdent – c'est l'oubli que ce crime comprend une grande diversité de comportements qui varient justement pour ce qui est de la « gravité ».

Dans le cas de la torture, l'amende est aussi complètement écartée. Les trois citations suivantes portent justement sur l'impossibilité de penser à l'amende comme une peine « sérieuse » pour punir la torture. La première citation est d'un politicien de gauche et les deux suivantes de politiciens de partis du centre :

110 | Dans le cas de la torture je pense qu'effectivement la peine idéale est la prison. Je trouve très difficile de faire ici une transaction pécuniaire (...) pour un crime aussi offensant envers la nature humaine. Lorsqu'on commet un vol, un crime de lésions corporelles ou même un homicide, on n'atteint pas l'intimité de la victime comme on le fait avec la torture. On entre dans la tête de la personne et on change ce que la personne pense.
(Politicien – P1)

111 | Parce que les infractions sont graves, par conséquent la punition doit aussi être grave. Peux-tu imaginer quelqu'un qui torture et qui reçoit une peine d'amende ? C'est déraisonnable, c'est-à-dire que la nature du crime est trop grave pour que le coupable reçoive une peine moins grave que la prison. Ce sujet n'a pas été discuté, tout le monde étant d'accord qu'il s'agit d'une action très grave, alors les peines aussi doivent être graves.
(Politicien – P7)

112 | Le crime de torture ne peut être combiné avec l'amende, c'est-à-dire personne n'accepterait l'amende comme peine. Personne n'aurait le courage de penser qu'on pourrait résoudre le problème de la torture avec l'amende.
(Politicien – P8)

Même si l'amende est une peine « par excellence » d'après la législation pénale, c'est-à-dire une peine qui peut être prévue dans la loi et qui ne dépend pas nécessairement de la décision du juge (pensons aux contraventions pénales où l'amende apparaît comme la seule peine prévue), néanmoins il ne semble pas que cette « qualité » de l'amende soit suffisante pour convaincre les politiciens (progressistes) et les militants de sa pertinence pour le crime de torture. À cet égard, ainsi que lorsqu'on parlait des peines alternatives, les interviewés vont être assez explicites en disant qu'uniquement la peine de prison est la peine adéquate à ce cas. Et la raison du non recours à ce genre de peines continue à être le fait que le crime de torture serait trop grave: c'est un crime contre la dignité humaine. Alors, protéger la dignité humaine devient un synonyme absolu de peine (sévère) de prison.

Je passe maintenant aux extraits qui parlent de la sévérité de la peine. Il s'agit des parties issues du même entretien, avec un militant des droits de la personne, donc un progressiste, où on lit une défense explicite de l'importance que la peine de prison soit marquée par de longues périodes d'incarcération:

113	En vérité, l'idéal c'est que la peine de torture suive la peine la plus grave du Code. (Militant – M2)	Peine de prison sévère
114	Non, je pense que traiter la torture comme lésion corporelle n'est pas une manière de punir, parce que la peine est trop légère et trop courte, est trop humaine.... Le cas, par exemple, de quand j'étais ombudsman de la police, un groupe de policiers ont pris un citoyen qui prenait un verre, il était mal habillé, etc., alors les policiers l'ont sorti du bar et l'ont battu pendant des heures. La victime a été tellement battue qu'elle a dû subir une chirurgie après pour se faire enlever les testicules. En plus, elle s'est suicidée quelques mois après à cause de la tension. Les policiers ont été condamnés à un an de prison pour lésions corporelles, mais ils ne sont pas restés un seul jour emprisonnés. (Militant – M2)	Peine de prison sévère

Dans le deuxième extrait (n° 120), l'interviewé indique le problème que représente la punition de la torture à partir du crime de lésions corporelles, crime d'ailleurs beaucoup utilisé pour punir les cas de torture, notamment avant la promulgation de la loi. Il va dire que punir la torture en utilisant le crime de lésions corporelles, équivaut à ne pas punir parce que les peines sont trop basses. Spécialement parce que, comme je le disais ci-dessus, quand les peines de prison sont de courte durée (jusqu'à un an d'incarcération), elles peuvent être remplacées par le juge par des peines alternatives. Dans ce cas, les accusés ne seraient pas envoyés en prison. Et ceci est inacceptable pour un défenseur des droits de la personne. Ici, alors, l'absence de la peine de prison, ou même la peine de prison trop basse, signifie la « non punition ».

Bref, ces citations m'amènent à conclure que lorsqu'il s'agit du crime de torture, les progressistes (ce qui comprend les militants des droits de la personne, les politiciens de gauche et certains politiciens du centre) vont défendre une « non diversification » de la réaction de l'État, qui doit consister exclusivement dans le recours à la peine de prison et en plus, à une peine lourde en ce qui concerne le temps d'incarcération.

Les discussions menées par les progressistes sur les peines de torture au Brésil produisent ainsi une distinction entre: *vraies peines* et *pseudo-peines*. Cette distinction implique une séparation entre toutes les sanctions qui peuvent être « prises au sérieux » (pour le cas de la torture) et « le reste ». Du côté des « vraies peines », on trouve essentiellement la prison. Toutes les sanctions qui ne sont pas des peines de prison, avec plusieurs années d'incarcération, ne seront pas considérées comme une option sérieuse de sanction ou une « vraie » peine. Les peines alternatives, par exemple,

dans la perspective de ces politiciens (de gauche et du centre) et des militants, ne sont pas considérées comme une solution raisonnable. De même pour les peines de prison trop basses: dans ces deux cas, il n'y aurait pas assez de souffrance minimale exigée pour accomplir les fonctions de dissuader/rétribuer la torture. Le poids des droits de la personne entre ici simplement pour renforcer l'idée qu'il faut absolument une « vraie peine » pour s'en occuper. À propos de ces deux derniers points, je vais les aborder dans la deuxième partie de ce chapitre.

Tableau 4.6
Vraies peines/pseudo-peines pour la punition de la torture

« Vraies peines »	« Pseudo-peines »
- **PRISON** (plusieurs années d'emprisonnement)	- **PRISON** (peu d'années d'emprisonnement) - **PEINES ALTERNATIVES** (travaux communautaires, interdiction de fin de semaine...) - **AMENDE**

Juste pour illustrer davantage la discussion sur les « vraies/pseudo -peines», j'ai mis ci-dessous une citation issue d'un entretien réalisé auprès d'un politicien (de gauche), où la discussion est la punition du crime d'esclavage, aussi considéré comme un crime contre l'humanité d'après le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (article 7, c).

115 | Bien sûr que j'ai lutté pour typifier le crime d'esclavage. Il y avait un cas de quelqu'un condamné pour le crime d'esclavage, la peine fût le payement de paquets de produits basiques[8], payer x paquets... ça, ce n'est pas un crime! Ce n'est pas traité comme un crime, comprends-tu ? (...) Parce que les peines sont trop légères.
(Politiciens – N4)

[8] Les « paquets de produits basiques » sont des paquets qui réunissent à peu près 35 produits de consommation populaire, nécessaires pour l'alimentation d'une famille durant un mois et qui inclut aussi des produits d'hygiène personnelle et de nettoyage. Ce paquet inclut des produits tels du lait, de la viande, du riz, des fèves, etc. Au Brésil, il est encore assez commun de condamner quelqu'un, autant dans la sphère civile que pénale, au payement de ces « paquets de produits basiques ». Dans le cas du pénal, évidemment, ce type de peine est infligé exclusivement pour les crimes considérés comme moins graves et est attribué à titre de peine alternative.

Ici, l'interviewé affirme que face à la peine de payement de « paquets de produits basiques » le crime d'esclavage ne peut plus être considéré un crime. Ce raisonnement passe probablement ici par deux étapes: d'abord, le mépris des peines autres que la prison (toutes les autres ne sont que des « pseudo peines ») et, ensuite, l'identification entre le crime et la peine : le crime est défini par la peine et y devient nécessairement accouplé (Voir chapitre 3, section 3.4). Or, s'il n'y a plus de peine, il n'y a plus de crime. Ceci est une manière de penser véhiculée par la rationalité pénale moderne, qui est directement actualisée dans la communication ci-dessus. Une situation comme celle-ci m'amène à soupçonner que le mépris à l'égard des peines alternatives à la prison ou même à l'égard de l'amende ne se résume pas à la question de la torture. Et possiblement ni même aux crimes considérés comme étant contre l'humanité. Le nombre (petit) de condamnations à des peines alternatives est un indice de l'usage marginal des peines autres que la prison par les tribunaux en général. Je laisse, toutefois, cette discussion pour une autre occasion.

Dans le registre d'une observation de deuxième ordre, regardons maintenant la manière dont un militant se réfère à la distinction conservateur/progressiste lorsque le sujet porte sur les peines de torture:

116	(...) Le Parlement détient une majorité plus conservatrice, qui veut des peines légères pour la torture. Pourquoi ? Parce que c'est un crime relié aux agents de l'État : « Ah, maintenant la police va avoir les mains liées ». Et la société civile, dont quelques groupes ont été victimes de torture, elle veut une punition plus dure pour les tortionnaires. On va toujours en avoir une vision différenciée (...) Alors, l'aile conservatrice du Parlement veut des peines dures pour les crimes communs, veut la diminution de l'âge pénal de 18 à 14 ou 16 ans. (...) Ce même groupe il est contre des peines plus dures pour la torture. Et plusieurs parmi eux ne trouvent pas si mauvais le traitement plus violent envers les citoyens. (Militant – M2)	Conservateurs : peine légère pour la torture, peine grave pour les autres crimes

Lorsqu'il s'agit du crime de torture, le militant va indiquer que « la majorité (conservatrice) des membres du Parlement » soutient des « peines légères » pour le crime de torture à partir de l'idée qu'il ne faut pas laisser la police « les mains liées ». Par contre, « la société civile » (expression souvent utilisée au Brésil pour faire référence aux mouvements sociaux) défend des « punitions plus dures ». Une des (idées) *motivations* qui apparaît dans la communication (« parce qu'ils ont été des victimes ») n'est pas facilement qualifiable en tant que progressiste ou conservatrice.

Le point intéressant de cet extrait est justement de noter que son observation sur les conservateurs change lorsqu'on n'est plus dans le domaine du crime de torture : dans le cas de la punition des crimes « communs », les « conservateurs » vont assumer une position plus répressive et plus punitive que s'il s'agit de la punition de la torture. Ce militant va ainsi regrouper les positions des conservateurs autour de deux situations: dans le premier cas (crimes communs), les conservateurs sont ceux qui défendent des peines sévères, motivés par la croyance en un traitement plus dur envers les citoyens et, dans le deuxième cas (crime de torture), les conservateurs sont ceux qui défendent des peines plus légères ou, du moins, sont opposés aux peines trop sévères, motivés par la crainte de trop limiter l'action de la police.

Tableau 4.7
Les deux discours des conservateurs

	CRIMES COMMUNS	**CRIME DE TORTURE**
Idées-motivation	Traiter les citoyens d'une manière plus dure, plus répressive	Ne pas limiter l'action (violente, au besoin) de la police
Idée-moyen	Peines sévères de prison, diminution de l'âge pénal	Opposés aux peines trop dures

En résumé, les progressistes vont se distinguer des conservateurs dans leurs positions *relatives aux peines pour le crime de torture*, de la façon suivante:

1. Les conservateurs vont être identifiés à ceux qui défendent l'imposition de peines *moins lourdes*. Ceci ne veut pas dire qu'ils rejettent la peine de prison pour le crime de torture; ils défendent simplement une diminution du nombre d'années d'incarcération. Leur justification est de ne pas limiter l'action de la police lorsqu'elle a besoin d'être violente ou plus répressive.

2. Les progressistes, à leur tour, sont identifiés à ceux qui appuient des peines carcérales très sévères, soit pour atteindre le but de bien dénoncer le rejet de ce comportement par la société, soit pour dissuader la pratique de la torture (rappelons que dans les projets de loi sur le crime de torture, une des demandes fréquentes formulées par les progressistes était de hausser la peine pour torture suivie

de mort jusqu'à la limite de 30 ans de prison[9]). Les peines alternatives seront en général complètement écartées ainsi que n'importe quelle possibilité de punition autre que la prison.

Tableau 4.8
La distinction *conservateur/progressiste* à partir des positions sur les peines du crime de torture

(Auto) portraits	**CONSERVATEURS**	**PROGRESSISTES**
Idées-motivation	Ne pas limiter l'action (violente) de la police	Diminuer la violence de la police, démontrer le rejet de la société de ce type de violence, défendre les droits de la personne
Idées-moyen	Peines moins lourdes de prison	Peines très lourdes de prison

Si on regarde ce dernier tableau avec la catégorisation formulée pour les crimes en général (tableau 4.4), on arrive à la conclusion que les *idées-moyen* soutenues par les conservateurs (peines moins lourdes de prison) traduisent une idée plutôt *progressiste*, tandis que l'*idée-moyen* des progressistes (peines plus lourdes de prison) sont plutôt *conservatrices*. Les situations de paradoxe que j'ai mentionnées dans l'introduction de ce chapitre commencent à prendre forme, vu que les *idées-moyen* soutenues dans le contexte de la punition de la torture ne sont cohérentes ni avec les portraits ni avec les *idées-motivation*.

Encore dans le registre de l'observation de deuxième ordre, les extraits d'un entretien mené auprès d'un des militants des droits de la personne font une analyse de la façon dont les progressistes voient cette question. Ce militant va identifier une forme de penser, qu'il classifie comme *conservatrice*, à l'égard des peines : la logique de toujours demander une peine sévère ou l'augmentation d'une peine existante pour faire face aux violations. Notons qu'ici on est en train de parler d'une *idée-moyen* classée comme conservatrice (demande de peines sévères de prison) ainsi qu'une *idée-motivation*, à savoir la dissuasion et la punition des responsables des crimes :

[9] Au Brésil, selon une règle constitutionnelle, les peines ne peuvent dépasser, dans aucun cas, la limite de 30 ans de prison (art. 75, Code Pénal).

117	Alors, il y a cette pensée un peu conservatrice, la pensée brésilienne, d'utiliser la loi avec une peine grave, non seulement pour dissuader mais aussi pour punir les responsables de graves violations. Et si le crime de torture est plus grave que les autres crimes, la logique est qu'il doit alors être puni par une peine plus grave. Cette logique traditionnelle anime jusqu'à aujourd'hui plusieurs organisations des droits de la personne. Et ce n'était pas un sujet débattu à l'époque; aujourd'hui je me questionne beaucoup plus que je le faisais à l'époque. (Militant – M1)	

Dans l'extrait suivant, le militant va identifier deux types de stratégies adoptées par les organisations pour les droits de la personne, et donc, dans le cadre de cette recherche, considérées comme *progressistes*. La première stratégie va privilégier les peines alternatives, la médiation de conflits, les mesures préventives et l'autre va privilégier la typification du crime et la détermination de peines sévères (de prison, bien entendu).

118	Même si on a dans le mouvement national des droits de la personne un discours favorable aux peines alternatives, favorable à la solution des conflits hors du judiciaire, pour certains types de crimes, les graves violations des droits de la personne, le traitement est de typifier, pénaliser, etc., et parallèlement on adopte des mesures de prévention. (Militant – M1)	Peines sévères pour les crimes contre l'humanité

Si on prend les deux extraits précédents et on les analyse ensemble, on arrive à la distinction *conservateur/progressiste* construite par ce militant quant aux peines à partir de la façon dont il observe que les progressistes (organisations des droits de la personne) observent la question des peines (d'une façon conservatrice ou avec des *idées conservatrices*). En effet, dans la citation n° 117, il classifie comme conservateur le recours (exclusif) aux peines sévères pour punir certaines violations. Comme le crime de torture est considéré par les organisations des droits de la personne comme un crime très grave, il mérite une peine très sévère.

Par ailleurs, il observe que ces mêmes organisations défendent aussi les peines alternatives et la médiation des conflits hors du pouvoir judiciaire, mesures normalement considérées comme progressistes dans le pénal. Ceci veut dire qu'il observe aussi des *idées progressistes* chez les *progressistes*. Cette perspective permet de confronter ainsi la défense de quelques idées (progressistes) quant aux peines à côté d'une autre idée (conservatrice) qui défendrait des peines plus sévères.

Bref, ce militant nous indique que lorsque le cas est le crime de torture, on reste ainsi dans une situation où des *(auto)portraits* (des acteurs ou des organisations) *progressistes*, à partir de *motivations progressistes* (défendre la dignité humaine ou les droits fondamentaux) vont soutenir des *idées-moyen conservatrices* (peines sévères de prison).

Ces derniers extraits indiquent que dans les discours progressistes, il y a une « variation » concernant les idées : elles peuvent être autant progressistes que conservatrices, comme l'illustre le cas de la demande de peines sévères pour la punition de la torture. On est ainsi en présence de l'une des *situations de paradoxe*, le cas 2 (poP-moP-iC). Les portraits et les (idées) motivations sont cohérents entre eux (progressistes), mais lorsqu'on arrive aux idées, la cohérence disparaît: les progressistes finissent par défendre une *idée-moyen* normalement considérée comme *conservatrice*.

Par ailleurs, si on revient à la perception de la position des conservateurs par rapport à la punition du crime de torture, on remarquera que l'on est face à l'autre situation de paradoxe mentionnée dans l'introduction du chapitre : le cas 3 (poC-moC-iP). Si pour les crimes communs, les conservateurs seraient face à une *situation de cohérence totale* : *portrait conservateur – (idée)motivation conservatrice – (idée)moyen conservatrice*, lorsqu'il s'agit du crime de torture, on entre dans une *situation de paradoxe*. De même que dans le cas antérieur, je vais considérer que le fait de défendre des peines moins sévères est plutôt une idée progressiste : si tel est le cas, on serait face à un *portrait* et une *idée-motivation conservateurs* (le fait de soutenir l'idée de l'usage de la force ou de la violence par la police est normalement considérée comme une position conservatrice en ce qui a trait à la sécurité publique) combinés avec une *idée-moyen progressiste* (celle de moins de punition).

4.2.3 Une observation externe de la distinction *conservateur/progressiste*

À partir de maintenant, je vais traiter des communications de politiciens sans qu'ils aient utilisé eux-mêmes la distinction conservateur/progressiste durant l'entretien. C'est moi, en tant qu'observatrice externe qui, alors, utilise cette distinction conservateur/progressiste, en prenant comme critère soit l'autoportrait du parti politique, soit l'image projetée du mouvement social. Je montrerai que cette observation externe, qui classifie les communications à partir de la filiation de l'individu à un parti politique ou à un mouvement social quelconque, trouve une résonance importante dans les attributions faites par les acteurs eux-mêmes.

Dans le passage suivant, on lit la justification d'un politicien considéré plus «de droite» (il appartient au PTB – Parti travailliste brésilien, que j'ai classifié au *centre* – voir chapitre 3, section 3.6), au moment du vote sur la loi au Parlement : à ce moment-là, il a manifesté son opposition à l'approbation de la loi. C'est lors des débats à la Chambre des députés qu'il a clairement exprimé sa préoccupation à l'égard de la limitation de l'activité policière (violente) que ladite loi pourrait entraîner:

119	Je ne suis pas contre le projet, en théorie, mais ma préoccupation est dans le fait que, si approuvé, le projet peut être utilisé contre l'action policière normale. L'objectif du projet vise les cas du régime d'exception (...). Cependant, de la manière dont le texte a été élaboré, n'importe quel vagabond, après avoir été arrêté, va sortir du poste de police et dire qu'il a été torturé (...). La police aujourd'hui peut se porter à la défense de la société comme il faut (...). On doit lire entre les lignes, ce projet sera utilisé pour n'importe quel vagabond lorsqu'il sortira du poste de police (...). Dans les postes de police ils sont des « anges », mais dans la rue, ils deviennent très violents. (...) On ne peut pas traiter également ceux qui, pour des raisons politiques, n'ont pas été d'accord avec le régime et se battent pour des motifs idéologiques et un vagabond, un misérable ordinaire, qui maintenant est en train de subjuguer ses victimes. (Politicien – P9)	Protection de la police/protection des bandits

Dans cet extrait, le politicien se positionne contre la loi pour la raison qu'elle pourrait créer des obstacles à l'action (efficace) de la police. D'ailleurs, on lit dans cette communication le souci de ne pas trop protéger les « bandits ordinaires » (qui est différent du criminel politique), parce qu'ils sont en fait très dangereux. D'après ce qu'on a lu dans la citation n. 117, ceci serait une attitude propre aux conservateurs.

Voyons maintenant les amendements suggérés au Sénat par un politicien clairement identifié aux conservateurs, notamment dans le domaine pénal. Il s'agit du sénateur Romeu Tuma[10], membre

[10]Romeu Tuma a une formation en droit et, avant de faire sa carrière au Parlement, il a fait longuement carrière dans la police civile (y compris la police fédérale). Comme membre du Parlement, ce sénateur est connu pour ses propositions plutôt répressives, dans le sens où elles rendent, en général, la législation pénale plus sévère, dans le but de faire face aux problèmes de la criminalité. Sur sa page Internet officielle, on peut y lire ce qui suit: « Une partie de ses projets de loi découle de son expérience professionnelle en tant que chef de police et vise à enrayer l'impunité. Par exemple, Tuma a formulé une série de recommandations afin de modifier le Code criminel et la loi sur l'exécution d'une peine pour obliger ceux qui commettent des crimes violents contre la personne à purger au moins le ⅔ de la peine, s'il s'agit de récidivistes, ou la moitié, s'il s'agit d'une première condamnation, avant de pouvoir revendiquer des droits tels que la liberté conditionnelle. Approuvée à l'unanimité par le Sénat et envoyée à la Chambre des députés, sa demande de révision constitutionnelle permet aux municipalités de conclure des accords (ou ententes) avec les états afin d'engager la police municipale dans

du DEM (Démocrates) - que j'ai classifié comme un parti de droite – et qui a toujours fait de la question pénale et de celle de la sécurité publique son principal cheval de bataille sur la scène politique. Il a présenté 4 amendements au projet de loi 4716/94 qui venait d'arriver au Sénat, tous dans le but d'adoucir la loi en ce qui a trait non seulement à la peine et à la restriction de la définition du crime, mais encore à certaines garanties juridiques.

Le premier amendement suggérait une diminution de la peine minimale de 2 ans à 1 an de prison. La justification est que cela donnerait plus de flexibilité pour ce qui est de la détermination du *quantum* de peine du cas concret. Le deuxième vise à limiter la responsabilité pour le crime de torture de ceux dont la participation au crime se résume à l'omission d'y avoir mis obstacles à la pratique de la torture (c'est-à-dire qui ne participent pas directement à l'acte). Le troisième impose que pour entraîner la perte d'un poste public (y compris celle de policier), la condamnation devrait être une peine d'au moins 4 ans de prison. Et finalement, le quatrième amendement veut enlever l'idée de souffrance mentale comme faisant pénalement partie de l'acte de torture. La justification donnée ici par le sénateur est que l'expression « torture mentale » implique trop de subjectivité, et que cette idée peut gérer beaucoup de problèmes pour caractériser pénalement la torture.

Dans le tableau suivant je vais réorganiser l'ordre initial dans lequel les amendements ont été présentés de manière à les séparer par le type de norme visé dans la modification.

Tableau 4.9
Amendements suggérés au projet de loi 4716/94, au Sénat

TYPE DE NORME	AMENDEMENTS (Proposés par un politicien conservateur)
Norme de comportement	1. Suppression de la possibilité de la « torture mentale » 2. Limitation de la responsabilité dans les cas d'omission
Norme de sanction	3. Diminution de la peine minimale à un an de prison 4. Condamnation d'une peine d'au moins quatre ans de prison pour la perte du poste

le maintien de l'ordre au soutien de la police militaire et civile. Un autre de ses projets de loi augmentait la limite maximale fixée à 30 ans par le Code criminel pour l'unification des peines et prolongeait les peines fixées pour les crimes » *(http://www.senado.gov.br/web/senador/rtuma/bio.htm)*.

Si on lisait ce tableau sans savoir exactement à quoi il fait référence, on dirait qu'il décrit probablement des suggestions formulées par un politicien avec des idées typiquement « progressistes » en matière pénale, puisque toutes les propositions sont dans le sens de rendre le projet de loi existant plus adapté à la variété de situations concrètes et de réduire la contrainte de la sévérité légale. Autrement dit, il s'agit d'un *portrait* conservateur avec des *idées* progressistes.

Pour comparer avec les propositions mentionnées ci-dessus, observons les amendements cette fois suggérés quand le projet était encore à la Chambre des députés, par des politiciens qui s'identifient plutôt à une position politique « progressiste ». Les deux députés qui ont signé les amendements représentent des partis de gauche (le député Sérgio Miranda adhère au PDT, parti démocrate travailliste, situé à gauche) et de centre (le député Geddel Vieira Lima adhère au PMDB, parti du mouvement démocratique brésilien)[11]. Il faut noter que contrairement au cas du Sénateur Romeu Tuma, les questions criminelles ne font partie de l'agenda politique d'aucun de ces deux parlementaires. La raison pour laquelle ces deux parlementaires spécifiquement ont présenté des amendements pour un projet comme celui-ci est probablement liée à une entente (dont je n'ai pas les détails) entre les deux partis.

En tout cas, ces parlementaires ont proposé 7 amendements au projet de loi qui cheminait à la Chambre des députés : je vais en mentionner 5. J'en ai écarté 2 vu qu'ils n'ajoutent rien de nouveau à l'argumentation. Le premier amendement visait à ajouter l'idée de « souffrance morale » pour pouvoir caractériser pénalement la torture, à côté de la souffrance physique. Le deuxième consistait en retirer les expressions qui donnaient l'idée de gradation de la souffrance de la victime (comme souffrance « intense » ou « accentuée ») dans la caractérisation de la torture. Cela veut dire que toute souffrance subie par la victime, même si elle n'était pas intense, serait de nature à pouvoir caractériser pénalement la torture.

Le troisième amendement augmentait de 1/6 les peines des fonctionnaires publics qui commettent la torture. Le quatrième suggérait la suppression du crime de torture l'action de causer de la souffrance à un détenu avec un acte non prévu dans la loi. La justification de cette suppression se basait sur le paradoxe d'une telle situation, vu qu'il est évident que si l'acte qui cause de la souffrance à un détenu n'est pas prévu dans la législation, il devient illégal. Il s'agissait ainsi, à mon avis, d'un

[11] Le député fédéral Sérgio Miranda se perçoit clairement comme un politicien de gauche et progressiste, ce qui n'est pas le cas du député Geddel Vieira Lima.

aspect redondant du projet de loi. Enfin, le cinquième amendement interdisait la possibilité de la concession de la garantie juridique de la grâce présidentielle, en dépit de la prévision constitutionnelle qui excluait la concession d'autres garanties juridiques au condamné de torture, mais gardait la grâce présidentielle (en portugais « indulto »)[12].

De la même façon que dans le tableau antérieur (Tableau 4.9), je vais réorganiser l'ordre de présentation des amendements en les séparant selon le type de normes qu'ils visent à modifier :

Tableau 4.10
Amendements proposés au projet n. 4716/94, à la Chambre des députés.

TYPE DE NORME	AMENDEMENTS (Proposés par des politiciens progressistes)
Normes de comportement	1. Ajouter l'expression « souffrance morale » 2. Retirer la gradation de la souffrance de la victime 3. Interdiction de la possibilité de causer de la souffrance à un détenu
Normes de sanction	4. Augmentation de 1/6 de la peine dans le cas des fonctionnaires publics
Normes de procédure	5. Élimination de la « grâce présidentielle » (*indulto*)

Comme on peut l'observer, contrairement au premier tableau portant sur les amendements présentés au Sénat (Tableau 4.6), celui-ci suggère une attitude inverse, c'est-à-dire de rendre la loi plus sévère, soit en augmentant les peines soit en retirant des garanties juridiques.

Si on met alors les deux tableaux un à côté de l'autre, en sélectionnant seulement les normes de sanction – celles qui m'intéressent davantage dans cette recherche – l'effet est frappant :

[12] La Constitution brésilienne, dans l'article 5, XLIII, considère la torture comme un crime sans caution, et non susceptible de grâce ou d'amnistie. La grâce présidentielle (« indulto ») n'est pas mentionnée.

Tableau 4.11
Peines proposées dans les amendements par les conservateurs et les progressistes

(Portraits)	**AMENDEMENTS (Conservateurs)**	**AMENDEMENTS (Progressistes)**
Normes de sanction *(Idées-moyen)*	Diminution de la peine minimale à 1 an de prison Condamnation d'au moins 4 ans de prison pour entraîner la perte du poste (de policier)	Augmentation de 1/6 de la peine pour les fonctionnaires publics

Rappelons que la classification *conservateurs et progressistes* utilisée dans ce tableau est une classification *théorique*, dans le sens de Demazière et Dubar (1997) : il s'agit d'une catégorie construite par le chercheur et non une catégorie *naturelle* ou *empirique*, fruit d'une production langagière de l'interviewé. L'adhésion à tel ou tel parti est l'élément qui me permet d'observer s'il s'agit d'un conservateur ou d'un progressiste et non une auto-observation ou une observation externe faite par les acteurs eux-mêmes.

La comparaison que suggère ce tableau est que les propos sur les peines venant de la droite sont plus progressistes que ceux venant de la gauche. Et si on revient aux catégories *portrait*, *idées motivation* et *idées-moyen*, on peut dire alors qu'on est en présence du paradoxe *portrait – idée-moyen*, dans les deux sens : *portrait* progressiste – *idée-moyen* conservatrice bien que *portrait* conservateur – *idée-moyen* progressiste. Les (idées) motivation, pourtant, ne nous sont pas connues. Comme il s'agit d'amendements, les justifications des propositions (où on probablement trouverait les *motivations*) ne sont pas très développées.

4.2.4 Les problèmes du discours progressiste

Finalement, il semble que la distinction *conservateurs/progressistes* ou *droite/gauche* n'est pas appropriée pour exprimer une prise de position sur les peines, au moins pas dans les termes qui ont été utilisés par les interviewés (conservateurs : peines sévères, progressistes : peines légères.). Le cas de la torture produit une cassure complète de cette logique, car les progressistes finissent par défendre des peines sévères tandis que les conservateurs sont en faveur de peines plus douces. Or, comment a pu se produire une telle inversion?

Pour les conservateurs, le changement de discours engage à mon avis une justification plus « pratique », et d'un certain sens moins paradoxal, puisque ces partisans gardent toujours la même règle qui est celle d'appuyer tous les moyens qu'ils croient efficaces contre la criminalité (y compris des moyens qui impliquent la violence physique ou psychologique). Être d'accord avec certaines modalités de torture pour aider à l'investigation, ainsi que soutenir des peines sévères de prison, sont des exemples de positions qui me semblent entrer dans cette même logique. Autrement dit, on serait « conservateur » quant à la stratégie pour combattre le crime, même si la stratégie adoptée peut entraîner de la violence ou faire du mal à ceux qui font l'objet d'enquêtes. Quoi qu'il en soit, je ne compte pas traiter ici des prises de positions des conservateurs.

Pour les progressistes, je crois que la question est plus compliquée, puisqu'il s'agit d'un problème de fond: pour les crimes «communs », on tient un discours peu punitif sur les sanctions criminelles en défendant que la prison est trop opprimante et qu'on est contre une société répressive, etc., mais pour les crimes « contre l'humanité », on en tient un autre, tout à fait opposé, c'est-à-dire un discours qui défend la punition la plus sévère possible et qui, entre autres, répudie complètement la possibilité des peines alternatives ou n'importe quelle autre réponse de l'État autre que la prison. Néanmoins, l'étiquette de « progressiste » n'est dans aucun cas remise en question, même pas minimalement.

Une situation équivalente d'inversion complète du discours relatif aux peines entre des politiciens conservateurs et progressistes a déjà été décrite par Savelsberg (1987) lors de son analyse du procès de la criminalisation des offenses économiques en Allemagne. Il disait que quand il s'agissait d'aborder le problème des entrepreneurs accusés d'avoir transgressé la loi, il y avait transfert d'opinions entre les deux groupes politiques et ceux considérés plus progressistes (du Parti social-démocratique) se montraient les plus punitifs, c'est-à-dire ceux qui défendaient le plus fortement la criminalisation. Le cadre lui a suggéré que « both political parties are inconsistent in their punitive or sociopolitical orientation » (Savelsberg, 1987: 553).

Finalement, on a l'impression qu'on ne sort jamais de la même logique des peines sévères, à la différence que les conservateurs vont donner plus d'importance ou valoriser davantage certains crimes tandis que les progressistes vont en valoriser d'autres. En effet, ce que je vérifie à travers mes données, c'est que la même gauche qui critique le système pénal peut tomber dans le piège d'utiliser les mêmes éléments du système qu'elle remet souvent en cause. Autrement dit, conservateurs et

progressistes ne sont pas d'accord sur les « vrais crimes », mais il sont tout à fait d'accord sur la « vraie réponse » aux actes considérés, par eux-mêmes, comme très graves.

Une constatation théorique par rapport à ce manque de cohérence qui n'entraîne aucune perplexité, surtout de la part des progressistes, est donnée par Pires (2001a et 2004) quand il caractérise le groupe d'idées dominantes sur les sanctions criminelles dans la société occidentale, la *rationalité pénale moderne*, comme « prépolitique » ou « transpolitique ». Autrement dit, c'est une manière de penser les peines qui est sédimentée avant ou indépendamment des positions (ou idéologies) politiques.

Les personnes qui se disent progressistes en matière pénale, y compris les juristes, peuvent soutenir des idées effectivement innovatrices mais elles seraient normalement aveuglées au préalable par la logique de la rationalité pénale moderne quant à plusieurs aspects, telles l'impératif de dissuasion ou de rétribution, la valorisation des sanctions négatives et la substitution du droit par l'obligation de punir (Pires, 2001a et 2004). Voyons l'exemple de la citation suivante, extraite de l'entretien auprès d'un politicien qui s'auto-observe comme un important défenseur des droits de la personne au Brésil.

120	C'est-à-dire, le problème est le suivant: s'il y a eu de la torture, il faut appliquer une peine très sévère parce que la torture est une chose très sérieuse, etc. Or, ça ne veut pas dire que le prisonnier va rester sans eau et sans aliments en prison. Pour ça, il existe les droits de la personne, la loi d'exécution pénale, la Constitution qui dit qu'aucune peine ne doit excéder le *quantum* nécessaire, etc. Mais du point de vue de la torture, il faut transmettre l'idée que la torture est un acte très grave et donc il faut vraiment la peine de réclusion, réclusion de 2 à 8 ans dans la prison. (Politicien – P10)	Peine sévère n'est pas contre les DH

Dans ce cas, le politicien utilise les droits de la personne, à l'aide de la catégorie « droits des prisonniers », pour justifier le maintien de la prison. D'après cette communication, si on respecte quelques droits des détenus, la prison reste « humaine », c'est-à-dire en conformité avec les droits de la personne. Ce type d'argumentation neutralise la critique possible que les droits de la personne pourraient faire de la prison.

Ainsi, même les individus qui se disent de grands défenseurs des droits de la personne ont beaucoup de difficulté à ne pas voir la prison comme la peine par excellence. Et même la défense des peines alternatives, on l'a vu, est faite à partir de la logique de la dissuasion, voire de l'expiation du

mal[13]. En bout de ligne, les progressistes semblent d'abord accepter les contours de la rationalité pénale moderne pour, à partir de ce palier, formuler leurs critiques. Comme résultat on ne voit pas, ou très rarement, une critique « progressiste » qui arrive effectivement à sortir de la logique répressive.

La gauche peut, ainsi, soutenir l'identité purement punitive du droit pénal, qui compte sur la nécessité d'imposer des peines afflictives et, en même temps, appuyer des mesures considérées comme progressistes, telles les peines alternatives. En fin de compte, elle part toujours du même idéal punitif que la droite et les critiques formulées par elles ne sont pas capables de briser cette logique. D'après Pires (2004), des distinctions comme droite/gauche ou conservateur/progressiste ne sont pas capables de décrire des différences empiriques cohérentes et significatives en matière pénale, spécialement en ce qui concerne les peines.

Si j'applique cette réflexion à mon cas concret, une des hypothèse possibles est que la critique « progressiste » n'est pas assez puissante pour sortir complètement de la rationalité pénale dominante et de sa logique de fond « punitive » et empêcher ainsi ses partisans de défendre les aspects les plus répressifs du pénal quand cela leur convient. Et que derrière une identité « réformiste » ou « innovatrice », les progressistes gardent toujours, comme le disait Pires (2004), l'identité purement punitive du droit pénal. Au fond, la rationalité pénale colonise les deux faces de la distinction quant aux idées sur les peines. Elle est l'arrière-fond cognitif à partir d'où se construisent les deux « ensembles d'idées sur la peine », l'un progressiste et l'autre conservateur.

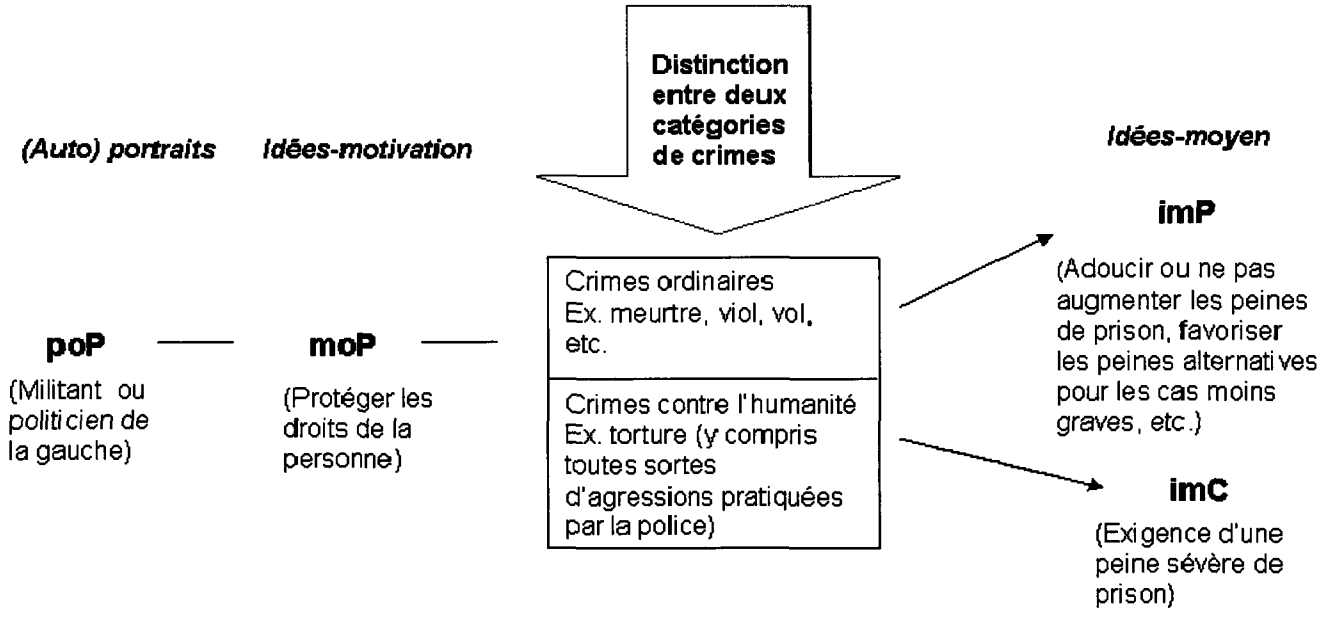
D'où on conclut que le fait d'être situé à gauche ne *garantit* pas une position moins « punitive » à l'égard du droit pénal. Pour reprendre les catégories analytiques, ceci veut dire que ni le *portrait* (identifié comme progressiste) ni son *idée-motivation* (aussi identifée comme progressiste) ne déterminent le type d'*idée-moyen* (progressiste). En effet, ce que j'ai vérifié empiriquement est que le discours (je parle ici de la circulation des idées et non nécessairement des décisions concrètes des parlementaires) apparemment plus « critique » ou plus « humaniste » est complètement bousculé

[13] On voit bien cette attitude chez un des politiciens interviewés, quand il défend la peine alternative pour la torture: « (...) mais j'imagine que du point de vue éducationnel, pour la société, une personne qui a pratiqué la torture contre quelqu'un... si elle était condamnée à réaliser une action clairement bénéfique à la société (...). D'après le peuple, ceci peut être intéressant et même plus intéressant que de laisser la personne encagée dans une cellule et oubliée pour le reste de sa vie (...) « (...) Mais il faut un type de peine alternative dont même les membres de la famille de la personne torturée diraient : - ah, s'il fait ce type de travail au bénéfice de la communauté (...) une compensation pour ce qu'il a fait à notre enfant, à notre frère, dans ce cas nous trouvons cela juste. Mais pour choisir le type de peine alternative, je ne suis pas spécialiste (...)». (Politicien – P3)

quand on évoque la question de la torture et n'entraîne aucune crise d'identité chez ceux qui se disent « progressistes ».

Cette situation empirique me suggère une description analytique à partir de la solidité des liens de cohérence des catégories. Prenons d'abord le lien entre *portrait* et *idée-motivation* : sa cohérence se maintient, de sorte qu'on peut dire qu'au moins dans ce cas, il est solide. Or, quand on passe aux liens *idées-motivations – idées-moyen*, la cohérence ne se maintient pas nécessairement. Les *idées-motivation* progressistes peuvent être associées à des *idées-moyen* autant progressistes que conservatrices. On peut, d'ailleurs, dire la même chose du rapport *portrait – idée-moyen*. La cohérence est ainsi bousculée par des *facteurs contingents* qui, dans mon cas empirique, seraient le crime en question (torture). Ainsi, dépendamment du type de crime (« ordinaire » ou « contre l'humanité »), l'*idée-moyen* véhiculée peut être soit conservatrice, soit progressiste. On peut aussi penser à d'autres facteurs contingents qui auraient pu jouer le même rôle (comme un contexte d'extrême insécurité publique ou des victimes spécifiques). Autrement dit, le rapport de cohérence (*motivation/portrait – idée-moyen*) n'est pas solide, ou n'a pas une consistance minimale au niveau de la qualité des positions politiques, ce qui ouvre la possibilité à des interférences de « facteurs contingents » et donc à des fluctuations idéologiques. Notons que ce même problème empirique est observé de la part des conservateurs, où *portraits* et *motivations* ne déterminent pas nécessairement l'*idée-moyen* (tableau 4.8).

Figure 4.1
L'inconsistance du discours des progressistes quant aux peines



4.3 L'observation du problème par le politique

Devant les *situations de paradoxe* trouvées dans ma recherche – les cas 2' (poP-moP-iC) et 3 (poC-moC-iP) – je faisais remarquer aux interviewés qu'il y avait une apparente disparité dans la cohérence interne de leurs discours. Les politiciens qui se disaient progressistes et engagés avec les idéaux de la gauche, tels que la promotion des droits de la personne, défendaient des peines d'incarcération plus sévères que les politiciens de droite qui, à leur tour, étaient plus préoccupés par des questions liées à la sécurité publique de la classe moyenne. Cohen (1992) a déjà traité de cette inconsistance politique lorsqu'il s'agit du cas de la torture : "And in the context of one crucial object – what happens to state criminals such as *tortures after democratization* or a change of regime – the distinction breaks down altogether. Here, it is the "radicals" who call for punishment and retributive justice, while it is the "conservatives" who invoke ideals such as reconciliation to call for impunity" (Cohen, 1992: 100).

Lors des situations d'entretien, face aux configurations du cas 2' (poP-moP-iC), le cas le plus fréquemment trouvé dans de mon univers empirique, même si je reconnais bien sûr que la torture est effectivement un crime horrifiant, je relançais le paradoxe aux interviewés: mais ne venez-vous pas tout juste de me dire que vous êtes en faveur de la promotion des droits de la personne? Comment est-il possible pour un défenseur des droits fondamentaux de justifier la demande d'une peine afflictive d'exclusion sociale?

La réponse à ce type de question, tant chez les politiciens (progressistes) que chez les militants, est que la torture est simplement un cas « différent », et pour cette raison on n'utilise pas le même discours « non répressif » qu'on tient (ou du moins qu'on pense tenir) pour des cas « normaux » :

121	(...) La commission des droits de la personne de la Chambre des députés cherche des peines plus modérées et à stimuler l'application des peines alternatives (...). Mais, dans le cas de la torture, c'est différent. Les gens qui composent ces commissions ont une expérience assez claire (...) de ce qu'a représenté la torture à une époque de la vie brésilienne. (Politicien – P1)	La torture est « différente »
122	Seulement quand il s'agit de la torture, les organisations des droits de la personne demandent des peines sévères. Aucune ONG des droits de la personne ne défend l'endurcissement des peines pour la criminalité ordinaire (...) En fait, celle-ci est une lutte plutôt des secteurs conservateurs que des entités des droits de la personne. (Militant-M2)	Peines sévères seulement pour la torture

L'exception de la torture qui, comme on l'a vu, est basée sur l'idée de violation des droits de la personne, semble justifier une « tranquillité de conscience» chez les progressistes : l'étiquette « crimes contre l'humanité » légitime à leur avis, la demande de punitions sévères. Autrement dit, la combinaison *idées-motivation progressistes – idées-moyen conservatrices* (moP-iC) n'entraîne aucun type de questionnement chez les progressistes à l'égard des solutions trouvées, en dépit de la reconnaissance des limites et des problèmes qu'entraîne une peine comme la prison.

123	Si la question est de savoir s'il doit être emprisonné, bien sûr qu'il doit l'être, parce qu'on n'a aucune meilleure idée à proposer. Mais ceci est certainement important parce que ça crée des limites aux tortionnaires. Bien sûr cette solution ne nous satisfait pas, je ne pense pas que les choses vont changer grâce à la prison. (Militant-M3)	Paradoxe

Au contraire, une telle combinaison n'est pas vue comme un paradoxe. On a l'impression que, pour reprendre les mots de Pires et Garcia (2007 : 293), l'acteur semble tellement pris par les idées qu'il ne voit aucun paradoxe dans la communication qu'il active. En fait, la plupart des progressistes ne sont pas capables de voir qu'il y a dans ce type de discours un élément « dissonant » (peine sévère) à l'intérieur d'un discours entièrement progressiste. C'est comme s'il n'existait pas chez les progressistes une conscience de l'abandon d'un discours soutenu pour la criminalité ordinaire, qui s' « auto-observe » comme progressiste (qui comprend par exemple la défense, certes limitée, de l'usage des peines alternatives, etc.). :

124	Les représentants de la Chambre des députés qui demandent des peines plus dures pour le crime ordinaire sont contre l'endurcissement des peines pour la torture, parce que la torture est liée aux réseaux de l'État. Alors, il n'y a aucune contradiction de la part des organisations des droits de la personne de dire : « pour le crime de torture je suis en faveur de 30 ans de prison, mais je suis contre les peines plus dures pour les crimes ordinaires ». Ceci n'est pas contradictoire. (Militant – M2)	Pas de contradiction

Comment expliquer cet aveuglement par rapport à l'insertion d'un élément conservateur dans la formulation de l'idée (ou proposition) politique ? Pourquoi ne reconnaît-on pas que dans le passage de la *motivation* à l'*idée,* il y a un glissement « idéologique » par rapport aux peines ?

Max Weber (1919 : 147) entend par « faits inconfortables » (« *inconvenient facts* ») les faits qui peuvent se révéler désagréables à un observateur qui se rend compte que le point de vue qu'il considère comme juste commande d'agir contre ses propres valeurs. D'après Pires (2008a) une des thèses qui semble être sous-jacente à la notion wébérienne de « faits inconfortables » est que ces faits, bien que phénoménologiquement assez visibles, ne seraient pas nécessairement faciles à voir pour ceux qui soutiennent une position pratique à l'égard de laquelle ce fait pourrait être inconfortable. Ces faits deviennent souvent des « taches aveugles » (« *blind spot* ») (von Foerster, 1981 : 47), c'est-à-dire des faits dont l'on ne voit pas. Ainsi, celui qui veut éradiquer la violence en demandant de longues peines d'incarcération (ou en s'opposant aux alternatives à l'incarcération) peut éprouver de la difficulté à voir le « remède » qu'il demande justement comme un « fait inconfortable ». Dans les *situations de paradoxe* apparues dans ma recherche, les sympathisants des droits de la personne ne semblent pas se rendre compte de l'inconvénient qui se pose entre le problème qu'ils soulèvent et le remède proposé.

Or, parmi tous les interviewés, il y en a un seul qui m'a parlé de la demande de longues peines de prison au termes de *paradoxe*.

125	Je suis contre la prison, c'est-à-dire je pense que la prison joue un rôle de contrôle social. Dans le cas de la torture, c'est un paradoxe, c'est difficile pour un militant des droits de la personne, qui tient une position contraire à l'existence des prisons, de demander la peine de prison pour les tortionnaires, comprends-tu ? (...) Je pense qu'on doit assumer que c'est paradoxal même, que c'est contradictoire, parce que notre position est contraire à l'endurcissement des peines, à l'existence de la prison, etc. (Militant-M3)	Le paradoxe des droits de la personne

Même la reconnaissance du paradoxe existant dans le discours des progressistes n'est pas suffisante pour modifier l'autoportrait que les progressistes font d'eux-mêmes: ils continuent à se voir et à être vus par les autres comme progressistes même en défendant des idées conservatrices. La même chose se passe chez les conservateurs : le fait de défendre une idée progressiste, comme l'adoucissement des peines pour un crime considéré très grave, ne fait pas bouger d'un centimètre leur conviction à l'égard de leur position ou de leur identité politique.

Autrement dit, en reprenant les catégories analytiques *portraits* – (idées)*motivations* – (idées) *moyens*, et les *situations de paradoxe* plus fréquentes dans ma recherche (poP-moP-iC et poC-moC-iP), on observe que l'élément dissonant ici est toujours l'*idée-moyen* ; les *idées-motivation*, par ailleurs, restent cohérentes avec le *portrait*. Mon hypothèse est ainsi que ce qui garantit l'identité des politiciens dans le domaine pénal est plutôt leur *idées-motivation* que les *idées-moyen* qu'ils défendent. Les *idées-moyen* sont ainsi plus « libres » ou plus « dégagées » en matière de lien idéologique que les *idées-motivation*. Autrement dit, si on est cohérent avec la *motivation*, c'est suffisant pour garder l'identité politique.

IIe PARTIE – LES PROGRESSISTES ET LES RÉPRESENTATIONS DES DROITS DE LA PERSONNE

La discussion suscitée par l'analyse des mes données empiriques quant aux « crimes contre l'humanité » peut être lue comme faisant partie des réflexions qui observent avec beaucoup de préoccupation la relation entre le droit criminel et les droits de la personne, notamment en ce qui concerne le choix des peines. Cette préoccupation vient de la constatation que pour défendre les droits de la personne ou les questions qui lui sont chères (discrimination, racisme, esclavagisme, etc.), des « circuits de communication » très variés, telles les sciences sociales, le droit, le politique, etc.) (Pires et Garcia, 2007 : 292) se tournent vers les théories de la peine et les peines afflictives. Et ceci signifie des peines de prison de longue durée, avec tous les problèmes qui s'y rattachent sur le plan de la dignité humaine. Or, lorsqu'il s'agit de la protection des droits de la personne, la valeur de la dignité humaine, surtout de la dignité humaine du coupable, n'est pas au centre des discussions ni des décisions politiques. La grande « curiosité » reste alors à savoir comment a-t-on réussi à concilier une politique de sévérité pénale avec la justice et l'humanisme ? (Pires, 2004: 46).

Pour traiter de cette question, je propose d'abord d'observer les droits de la personne en tant que circuit de communication distingué et autonome du système d'idées sur la punition sélectionné par le droit criminel (rationalité pénale moderne). Mon intention est ainsi de thématiser les relations entre la rationalité pénale et les droits de la personne, à partir de la mobilisation du discours sur lesdits droits par les politiciens et par les militants dans le contexte de la création de la loi contre la torture.

Comment peut-on distinguer ces deux réalités communicatives (droits de la personne et rationalité pénale) dans leur mobilisation par les acteurs, considérant qu'elles apparaissent parfois assez collées dans les communications politiques? Pour y répondre, je vais travailler avec la notion d'« espaces sémantiques exclusifs d'intervention » (Pires et Garcia, 2007 : 292), où chaque circuit de communication délimite sa frontière ou sa « compétence » à partir de quelques thèmes qui leur sont propres (qui peuvent d'ailleurs se modifier avec le temps): l'interdiction de la peine de mort est aujourd'hui, en général, un thème des droits de la personne, tandis que promouvoir les peines de prison est un thème de la rationalité pénale; la protection et la promotion de la dignité humaine est un thème des droits de la personne, tandis que la promotion (et l'application) des peines afflictives est un thème de la rationalité pénale, etc.

L'hypothèse de travail, inspirée de Pires et Garcia (2007), que je vais garder en tête dans la partie de l'analyse qui suit, est que les deux circuits de communication, en conservant toujours leurs frontières, vont effectivement s'affronter et en même temps collaborer autour de certains enjeux (peine de mort, torture, etc.). Cependant, aucun des deux n'arrive à questionner l'autre au plan des idées. C'est-à-dire que – et c'est ce point qui m'intéresse davantage ici – les droits de la personne n'arrivent jamais à mettre en cause (dans le sens d'« humaniser ») certaines notions de base de la rationalité pénale.

> En plus, ces deux systèmes luttent ensemble contre toute idée qui cherche à les amener à se confronter directement. (...) Elles seraient mal placées [*misplaced ideas*] soit parce qu'elles empêchent la promotion des droits de la personne (point de vue de ce système) soit parce qu'elles n'ont pas compris la « fonction » du droit criminel et la nécessité d'accorder une préséance aux sanctions dont l'intention première est de donner l'impression de vouloir infliger une souffrance au coupable (Pires et Garcia, 2007 : 297-298).

Mes données empiriques m'indiquent qu'effectivement les droits de la personne ne réussissent pas à déconstruire certains paradigmes de la rationalité pénale, qu'au contraire, ils finissent par nourrir le « système rival » (Pires et Garcia, 2007: 297) à mesure qu'ils actualisent sa logique quand l'enjeu est, au moins dans mon cas, la punition de « crimes contre l'humanité ». C'est comme si les droits de la personne continuaient à se dire « différents » et à un certain point « contraires » au droit pénal (répressif), mais sans nécessairement s'en rendre compte, ils reproduisent la même logique pour ce qui est de la nécessité de punir avec une peine sévère et afflictive.

La question à se poser est alors la suivante : « veut-on s'appuyer sur les droits de la personne pour humaniser et perfectionner le droit criminel et mettre en place des formes plus souples et moins oppressives de résolution de conflits ou, au contraire, croit-on qu'il faut devenir de plus en plus répressif pour réagir aux atteintes aux droits de la personne ? » (Pires, 1995, cité dans Pires et Garcia, 2007: 293)

4.4 Les « crimes de lèse-humanité »

Comme je le disais dans l'introduction de ce chapitre, dans les communications issues des entretiens on trouve la distinction *crime contre l'humanité/ crime ordinaire,* utilisée pour différencier deux « types » ou « catégories » de crimes. Cette distinction, qui apparaît à partir d'un certain moment historique dans des circuits de communications variés, notamment le droit et le politique,

entraîne le problème suivant : lorsqu'elle (la distinction) crée deux « types » de crime, elle amène l'observateur (qui l'adopte) à observer effectivement deux réalités distinctes. Où se trouve la frontière qui sépare ces deux types de crime? Prenons, pour illustrer le problème que nous voulons indiquer, trois manières de construire (et de déconstruire) les frontières entre ces deux catégories de crime: la première est reliée à la façon dont le concept de « crime contre l'humanité » est définie dans la Charte militaire du tribunal de Nuremberg; la deuxième concerne la définition du Statut de Rome de la Cour pénale internationale et la troisième est reliée à la création de la loi brésilienne contre la torture.

1. Le concept d'*humanité*, en tant que catégorie juridique, naît après la fin de la Seconde Guerre mondiale, avec la multiplication des instruments de protection des droits de la personne, lorsqu'on « a pris conscience que les droits reconnus de l'homme, tels qu'ils avaient été pensés jusqu'alors, ne suffisaient pas à protéger l'humanité dans son ensemble » (Allard, 2004 : 190). L'*humanité* comme norme juridique a été inventée à travers le concept de « crimes contre l'humanité » qui a vu le jour pour la première fois dans la Charte du tribunal militaire international - connu sous l'appellation de Tribunal de Nuremberg (1945) (Martens, 2004 : 207) - qui a été conçue spécifiquement pour juger les agents du régime nazi, après la fin de la Seconde Guerre mondiale :

> **Article 6**
>
> The Tribunal established by the Agreement referred to Article 1 hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.
>
> The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:
>
> (...)
>
> **(c) CRIMES AGAINST HUMANITY**: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

Je ne vais pas entrer ici dans une discussion à savoir si l'émergence de cette nouvelle catégorie juridique, ou même des traités internationaux, est ou non une réaction efficace ou utile pour désormais protéger effectivement l'humanité. Ce que je veux soulever ici, c'est qu'après la Seconde

Guerre mondiale, l'idée de protection des droits de la personne a assumé une place importante dans le droit (international et, éventuellement, national) notamment à travers la notion de « crimes contre l'humanité ». Cette nouvelle figure juridique a été créée pour qu'il soit désormais possible de penser juridiquement une transgression inconnue des catégorisations traditionnelles, car l'humanité, cette figure d'emblée supranationale et collective et pas très bien définie, devenait pour la première fois sujet de droit (Allard, 2004 : 203). De plus, il s'agissait d'un crime où l'intention des agents était aussi sans précédent: on ne voulait pas exterminer les Juifs et les Gitans pour obtenir leurs territoires ou pour éliminer l'opposition, mais pour s'en débarrasser avec une intention génocide (Arendt, 1963 : 298).

La doctrine juridique va avoir effectivement de la difficulté à définir en quoi consiste exactement l'humanité en tant que victime de crimes ainsi qu'à déterminer l'agent de ces crimes et leurs intentions. Il existe même une discussion parmi les juristes autour de la question de savoir si l' « humanité » est ou non une nouvelle catégorie de droit qui se distinguerait, à la limite, des droits de la personne : l'humanité serait un sujet de droit collectif et qui n'est plus soumis aux frontières temporelles et territoriales classiques du droit (Allard, 2004). Néanmoins, ce qui m'intéresse davantage dans cette apparition du concept juridique de « crimes contre l'humanité » est le mouvement qu'on observe chez les droits de la personne de valoriser la réponse à ces crimes avec la création de nouvelles figures criminelles et la flexibilisation de quelques garanties juridiques des condamnés.

2. L'expression apparaît aussi dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (1998), dont le Brésil est signataire. L'expression « crimes contre l'humanité » y apparaît plutôt pour regrouper une liste de crimes – lorsqu'ils sont commis dans des situations spécifiques – et non pour définir un comportement spécifique. L'expression n'est pas, elle-même, définie dans cette loi. Selon le texte du Statut, la torture est identifiée à un crime contre l'humanité lorsqu'elle est pratiquée dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile:

> **Article 7**
>
> CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ
>
> 1. Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

a) Meurtre ;

b) Extermination ;

c) Réduction en esclavage ;

d) Déportation ou transfert forcé de population ;

e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ;

f) Torture ;

g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ;

h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ;

i) Disparitions forcées de personnes ;

j) Crime d'apartheid ;

k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

L'on observe dans ces deux documents internationaux que le concept de « crime contre l'humanité » est plutôt relié à une situation spécifique d'agression contre un peuple ou une communauté. Dans le cas de la charte du Tribunal de Nuremberg, on ajoute l'exigence que les actes soient commis en période de guerre. L'aspect commun des deux catégories est ainsi le fait qu'elles sont relatives aux violations contre une collectivité, soit-elle civile, religieuse, raciale, etc. Ces violations peuvent être des assassinats, la réduction à l'esclavage, l'extermination, etc. Seulement dans l'article du Statut de Rome lit-on une référence à la torture, ici considérée comme un crime contre l'humanité, lorsqu'elle est pratiquée dans ce contexte spécifique, c'est-à-dire avec l'intention d'agresser une collectivité.

Dans le cas de la charte du Tribunal de Nuremberg, la collectivité dont on parle fait référence directement aux Juifs et à tous les peuples qui ont souffert du régime nazi. Dans le cas du Statut de Rome, on n'a pas un groupe ou une population spécifique comme référence primaire à la notion de « population civile ». Néanmoins, on sait que l'objectif de ce document international était de faciliter

– en en accroissant l'efficacité – le jugement des responsables de crimes comme le génocide ou d'autres de même gravité[14]. La poursuite de ces types de crimes exige toutefois une coopération internationale qui comprend, entre autres, l'établissement d'une cour internationale.

Il me semble ainsi que dans ces deux exemples, la catégorie « crimes contre l'humanité » comprend uniquement des comportements spécifiques comme le génocide ou l'extermination de certains groupes déterminés, c'est-à-dire des actions qui sont commises contre des collectivités et non contre une personne en particulier. Avec la loi contre la torture au Brésil, ces limitations à la frontière du concept vont être considérablement bousculées. D'après les interprétations données à la loi par les politiciens, la torture est considérée comme un crime contre l'humanité même si l'on ne parle pas d'un comportement similaire à ceux mentionnés ci-dessus. Ainsi dans le cas brésilien, même si la torture est pratiquée contre une seule personne et sans un haut degré de violence – pas du moins comme on en voit dans les cas de génocide - l'acte sera considéré comme un crime contre l'humanité. Comment un tel élargissement du concept a-t-il eu lieu ?

3. Comme je le disais alors, cette troisième façon de construire la frontière entre les crimes contre l'humanité et les crimes ordinaires ou communs est considérablement différente des manières précédentes. Rappelons d'abord que la loi contre la torture ne mentionne pas, elle-même, le concept de « crime contre l'humanité ». Néanmoins cette catégorie est automatiquement associée à la loi et au crime de torture, tant pour les circuits de communications politiques que juridiques. Vu que la torture est un crime considéré comme une violation contre l'humanité ou contre les droits fondamentaux par les documents internationaux, il n'est pas très difficile d'identifier au moins une des sources d'une telle association.

Dans mes entretiens, les interviewés ont largement utilisé le *médium* « crime contre l'humanité », en dépit du fait que le concept n'apparaît pas dans la loi. Très souvent, ils le distinguaient des « crimes communs », qui seraient tous ceux qui ne portent pas atteinte aux droits fondamentaux :

126	(...) Ces crimes communs, ce ne sont pas des crimes contre les droits de la personne, et ceux-ci nous voulons les punir. C'est la différence. (...) Alors, quand il s'agit de droits de la personne, les défenseurs des droits humains veulent hausser la peine. (Politicien – P8)	Crimes communs vs crimes contre les droits de la personne

[14] À cet égard voir le site web officiel du Statut de Rome : http://untreaty.un.org/cod/icc/index.html.

Comment le politique a-t-il construit cette distinction ? Quels éléments le politique va-t-il inclure dans chacun des deux types de crimes et quelles sont les conséquences d'une telle inclusion, notamment en ce qui concerne les choix des peines qui découlent de l'adoption de cette distinction ?

D'après les entretiens, du côté des « crimes de lèse-humanité », on trouve la torture ainsi que d'autres crimes comme le génocide ou le travail des esclaves. La liste des crimes qui s'insèreraient dans cette catégorie n'a pas été exhaustivement explorée dans cette recherche. Toutefois, même si une telle catégorie comporte d'autres comportements, la torture suscite apparemment une répugnance spéciale. Et ceux qui ont pratiqué la torture sont vus comme des individus coupables d'un acte particulièrement abject.

La distinction « crime communs/crimes contre l'humanité » semble être construite à partir d'une échelle de gravité : les « crimes communs » sont moins graves et les « crimes contre l'humanité » sont toujours extrêmement graves. Et la torture, au moins au Brésil, se place parmi ces derniers :

127	Mais il doit être emprisonné. Pourquoi? Parce qu'il a commis un crime grave contre l'humanité, contre les droits de la personne. Lorsque tu ajoutes au crime la dénomination de violation des droits de la personne, tu es en train d'aggraver symboliquement le crime. (...) On a créé un crime nouveau, la torture, qui est reconnu internationalement comme un crime contre l'humanité, il a du poids à cause de cela...Il ne peut pas être traité comme un abus de l'activité policière, comme une lésion corporelle...par ailleurs, si un bon policier commet des abus, il faut les traiter comme des abus et ne pas transformer en torture un comportement déviant isolé. (Politicien – P1)	Crime de lèse-humanité/ crimes communs

Dans l'extrait suivant, on lit la distinction : *torture/crimes communs*, distinction dont le critère apparent est le fait pour la torture d'être incluse dans des Conventions internationales, ce qui dénoterait que ce n'est pas un crime « normal », comme les autres qui sont dans le Code criminel. Il s'agit d'un crime spécial, d'une nature (ou d'une gravité ?) différente des autres.

128	La torture est différente. Il y a des Conventions internationales sur la torture, tant dans la sphère régionale que dans la sphère globale de l'ONU. Alors, ce n'est pas n'importe quel crime: s'il s'agissait d'un crime quelconque, on n'aurait pas besoin d'un Convention spécifique sur le sujet. Ainsi on ne peut pas traiter la torture comme un crime commun du Code criminel. (Militant – M2)	Torture/crimes communs

Maintenant, revenons à la loi brésilienne contre la torture. Rappelons que cette loi classe dans la catégorie du crime de torture tous les actes impliquant l'emploi de la violence contre la victime dans le but d'obtenir un résultat quelconque (une confession, par exemple) ou encore en tant que châtiment personnel. La loi n'explicite pas le type de violence qui doit être employée pour caractériser la torture, ni ne précise le type ou la quantité de personnes qui pourraient en être les victimes. Comme résultat, les nounous qui s'occupent des enfants sont autant des tortionnaires que les policiers qui vocifèrent contre les personnes sous enquête ou qui frappent les suspects. Et tous ces déviants auraient également commis des crimes contre l'humanité.

Alors comment, pour caractériser un « crime contre l'humanité », passe-t-on en quelques décennies de l'extermination d'une race, durant la Seconde Guerre mondiale, à la violence contre des suspects dans les postes de police? Comment en est-on arrivé à mettre sur le même palier une agression (grave ou légère, peut importe) pratiquée par un policier contre un suspect spécifique et le génocide des Juifs? Bien entendu, je ne suis pas en train de dire que la violence policière n'est pas une question importante d'être investiguée et très grave. Je veux seulement indiquer qu'il y a eu un changement significatif d'échelle et de proportion en matière de comportement lorsqu'on passe du génocide d'un peuple à la violence policière dans les postes de police ou encore à la violence des nounous envers les enfants.

Évidemment, à l'époque du tribunal de Nuremberg, l'ampleur du comportement était centrale pour permettre de caractériser ou non un crime contre l'humanité. Néanmoins, quand il s'agit du crime de torture au Brésil, le comportement (sa dimension) n'est plus au centre de la question, autrement il est naturel de penser que les situations mauvais traitements des nounous ne seraient pas considérés.

En fait, la loi contre la torture et les interprétations qui l'accompagnent semblent valoriser davantage l'appellation de « crimes contre l'humanité » au détriment de l'analyse du comportement, c'est-à-dire l'acceptation de l'appellation rend le crime plus grave, indépendamment du type de

comportement, que ce soit le nazisme ou les mauvais traitements des nounous et des policiers. C'est dans ce sens qu'on peut parler d'un élargissement du concept de « crime contre l'humanité » si on le compare avec les limites que lui avait données la charte du tribunal de Nuremberg. Le raisonnement concernant la loi contre la torture au Brésil, surtout en ce qui concerne l'amplitude de l'action qui comprend le crime de torture, considère non seulement une variété de comportements – d'ailleurs le Statut de Rome énonce pour sa part plusieurs types de comportements qui font partie des «crimes contre l'humanité » - mais aussi une ouverture à divers degrés de gravité. De ce fait, on peut même dire que la distinction *crime ordinaires/crimes contre l'humanité* ne concerne pas le comportement, mais plutôt l'appellation.

Rappelons que les peines pour la torture « simple », c'est-à-dire non suivie de lésions corporelles graves, sont de *2 à 8 ans d'emprisonnement.* Le crime de lésions corporelles « légères », par exemple, qui est considéré un crime « commun », est puni de *3 mois à 1 an d'emprisonnement.* Autrement dit, une lésion corporelle, causée par exemple par le fait d'avoir reçu des gifles, sera considérée comme un crime de torture si lesdites gifles ont été données par un policier dans le contexte d'une (enquête). Résultat ? Une sanction d'au moins 2 ans de prison.

L'idée que nous en retenons est que la torture est perçue au Brésil comme un « bloc compact » de gravité. Pour aider à la réflexion de ce thème, prenons maintenant le cas du jugement d'un agent de la Gendarmerie royale du Canada, dans la province de la Saskatchewan (R.c. Wigglesworth, 1987). Le policier a été accusé d'avoir commis des voies de fait simples selon le Code criminel, ainsi qu'« une infraction majeure ressortissant au service » selon la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, S.R.C. 1970.

D'après la description des faits selon un des juges de la Cour suprême qui a participé au cas, le policier a amené l'appelant au poste de la G.R.C. de Yorkton (Saskatchewan) pour y subir un alcootest. L'appelant était dans une voiture au moment d'un accident à l'origine de son arrestation. Le policier a commencé à l'interroger pour savoir qui conduisait le véhicule. Comme l'appelant insistait que c'était sa sœur et que le policier le soupçonnait de mentir, ce dernier le frappa à la figure. La scène se répéta trois ou quatre fois avant que l'appelant admette que c'était lui qui conduisait la voiture. Compte tenu de ces faits, la défense reconnut « que le policier avait commis des voies de faits simples au sens du Code criminel. Par suite des voies de faits, l'appelant a eu mal à la gorge, a éprouvé des bourdonnements d'oreilles et a subi plusieurs contusions mineures au visage » (R. c. Wigglesworth, 1987).

Les discussions entourant ce cas à la Cour suprême du Canada portèrent sur le fait de savoir s'il s'avérait possible de punir l'accusé d'après le Code criminel (pour le crime de voies de faits) ainsi que d'après la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada (pour une infraction majeure ressortissant au service). La question était justement de savoir si punir en fonction des deux statuts n'impliquait pas un cas de *bis in idem*, c'est-à-dire de punir deux fois pour la même infraction, puisque « la procédure devant le tribunal du service et celle devant la cour criminelle étaient toutes deux de nature pénale et comportaient un procès relatif à une prétendue 'infraction' ainsi que la possibilité d'être emprisonné par suite d'une déclaration de culpabilité » (R. c. Wigglesworth, 1987).

Ce qui m'intéresse dans ce cas est d'analyser les décisions que les tribunaux canadiens ont pris concernant les sanctions. Le tribunal du service de la Gendarmerie royale du Canada a imposé comme sanction *administrative* une amende de CAN$ 300.00. Un an après, l'accusé fut encore une fois déclaré coupable, cette fois d'infraction criminelle (en dépit des appels de la défense avec l'allégation de *bis in idem*). Le juge de la cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a conclu qu'il était question de deux infractions différentes et donc qu'il fallait aussi lui appliquer une sanction *criminelle*. La peine de la « cour criminelle » fut une amende de CAN$ 250.00 payable dans un délai d'un mois, sans quoi il devrait subir une peine d'emprisonnement de quinze jours.

Qu'est-ce qu'on peut extraire d'un tel jugement ? D'abord, que les deux sanctions imposées furent des *amendes*. Malgré que l'infraction commise par le policier était considérée comme « majeure » aux termes de la loi de la Gendarmerie royale du Canada, la peine infligée n'a pas inclus la prison ou une quelconque restriction de la liberté ou d'autres droits. Ensuite, il est à noter que la sanction imposée comme « peine criminelle » fut moins sévère que celle donnée par le tribunal du service (de la Gendarmerie).

Cet exemple est utile pour aider à déconstruire deux idées qui semblent figées dans notre « imaginaire » concernant le crime de torture. En premier lieu, la tendance à croire que toutes les situations où le crime de torture est configuré sont des situations d'*extrême* gravité. Deuxièmement, reconnaître qu'une action de « torture » peut être plus grave qu'une autre ne signifie absolument pas une attitude de mépris ou d'indifférence des autorités tant administratives que judiciaires au problème de la tortura.

Or, si d'une part la torture peut signifier une diversité de comportements, d'autre part l'amende peut représenter la réponse « officielle » pour un crime comme la torture sans que cela entraîne quelque gêne ou étonnement. Au Canada, la prison n'est donc pas l'unique sanction possible pour un tel cas, en dépit du fait que le comportement agressif venant des policiers n'est définitivement pas une attitude acceptable par la société.

En second lieu, le fait que la réponse donnée par le système de justice criminelle n'a pas été la plus sévère nous amène à réfléchir sur le rôle joué par la « justice pénale » dans les sociétés occidentales. Pires nous rappelle que le mot « justice » est devenu très souvent identifié à justice *pénale*. Ainsi, « quand on dit 'que justice soit faite', on pense usuellement à la justice pénale et à la peine comme si elles seules pouvaient rendre la meilleure justice » (Pires, 1998a : 9). Toutefois, dans le cas de la condamnation du policier au Canada, cette idée de « meilleure justice » comme étant nécessairement la « justice pénale » est assez ébranlée vu que non seulement la sanction donnée par le tribunal de la Gendarmerie fut du même type que celle imposée par les cours pénales (amende) mais que, en plus, l'amende de la Gendarmerie fut plus sévère que celle de la « justice pénale ».

Or, à quoi servait la condamnation pénale dans un tel cas ? Si la préoccupation était de punir d'une quelconque façon, le tribunal de la Gendarmerie s'en était déjà occupé. Si elle était d'imposer une peine pécuniaire au condamné, le tribunal de la Gendarmerie s'en était aussi déjà occupé. Et finalement, si le souci était de condamner le policier à une sanction sévère, pour montrer à la société qu'un tel comportement n'était pas acceptable et que la justice (au sens large) était là justement pour promouvoir certaines valeurs et garantir la protection de l'être humain, alors ce but était lui aussi déjà atteint. Il aurait fallu au moins que la justice pénale se penche sur la sanction donnée par la justice administrative (de la Gendarmerie) avant de déterminer le montant de l'amende.

Pour ce qui est de la rationalité pénale, quel problème pose cette double catégorisation (crimes contre l'humanité/crime communs) ? La question ici est que la face *crime contre l'humanité* revendique des peines encore plus sévères que les peines du droit pénal ordinaire. Cette face s'intègre aux théories de la peine, en exigeant non seulement la souffrance extrême du condamné, mais aussi son exclusion sociale. Les interviewés vont être assez explicites à cet égard (entre l'association du crime contre l'humanité et l'importance de peines graves) :

129	Alors, quand on arrive à un tel point de gravité, c'est-à-dire le crime de la torture est un crime contre l'humanité, n'est-ce pas? Alors, lorsqu'on arrive à un tel point, lorsqu'on fait la loi, il devient inévitable d'être sévère avec la sanction. Et notre loi est sévère. Il s'agit d'une peine de réclusion de 2 à 8 ans je pense. (Politicien – P10)	Peine sévère pour les crimes de lèse-humanité

130	Les même entités qui sont contre l'augmentation de l'âge pénal, qui sont contre les lois exclusivement réactives (...) sont en faveur d'une peine plus grave pour le crime de torture, parce que c'est un crime de lèse- humanité. (...) La torture est différente, elle est reliée au fait que l'humanité ne peut pas vivre avec la pratique de la torture et la manière de diminuer la torture au monde est d'y répondre par une punition sévère. (Militant – M1)	Peine sévère pour les crimes de lèse-humanité

Je disais dans le chapitre précédent qu'il existe un lien presque automatique qui se fait entre la gravité du crime et la sévérité de la peine. Ce lien revient toujours au même mécanisme qui consiste à exprimer la valeur du comportement avec la quantité (de la souffrance) de la peine. Ainsi l'intensité de la réprobation qu'on veut exprimer quant au comportement est communiqué exclusivement au moyen de l' « affliction » causée par la peine (Voir chapitre 3, session 3.4). Dans le cas spécifique de la combinaison *crime contre l'humanité – torture*, ce n'est pas le comportement qui fait le lien avec la sévérité de la peine : c'est l'étiquette. C'est elle qui détermine la quantité de souffrance que la peine doit exprimer et ainsi l'intensité de la réprobation.

4.5 Les constructions discursives reliant les droits de la personne et la punition

Dans mes données empiriques, notamment les entretiens, j'ai trouvé une variété de manières de définir les droits de la personne ou d'établir ses frontières à l'égard du droit criminel, plus spécifiquement de la punition. Ces manières d'établir les relations entre ces deux univers communicationnels (le droit criminel et les droits de la personne) finissent par s'éloigner d'une manière de définir ou de concevoir les droits de la personne comme la promotion d'un « bien positif ». Autrement dit, lorsqu'on rapproche les droits de la personne du thème de la punition, on a l'impression que la présence de ce dernier colonise la logique humaniste qui a « historiquement servi de 'bouclier' contre les excès potentiels du droit pénal » (Ost, 2007 :8-9) pour se lancer dans un espace sémantique plus répressif et rapproché des théories modernes de la peine.

Dans la littérature, les droits de la personne sont habituellement distingués dans deux grandes catégories : les *droits de protection* et des *droits à l'obtention* (Pires, 2004 : 55). Les premiers veulent garantir une zone d'autonomie individuelle, en limitant l'intervention de l'État et des particuliers dans la vie privée des individus. Ainsi les droits de liberté d'expression, de la pensée, de mouvements sont caractérisés comme des *droits de protection*. Les droits de la deuxième catégorie se rapportent à la promotion du bien-être (éducation, assurance médicale, sécurité publique, etc.) à ceux qui les demandent. Si les *droits de protection* ne veulent garantir que des «espaces d'autonomie», les *droits à l'obtention* concernent « la réalisation ou la distribution d'un bien positif» pour le bénéficiaire (Pires, 2004 : 57).

Dans les différentes manières de construire la relation entre les droits de la personne et le droit pénal que j'ai trouvées parmi mes données, on n'observe aucune similarité avec cette façon plus traditionnelle de représenter les droits de la personne en tant que « promotion d'un bien positif », soit comme *droit de protection* soit comme *droit à l'obtention*. Au contraire, on observe que les droits de la personne s'adaptent plutôt à d'autres logiques, y compris celle de la rationalité pénale moderne lorsqu'il s'agit de thèmes comme la punition des violations des droits de la personne.

Je vais ainsi présenter quatre trames discursives qui relient le thème des droits de la personne à celui de la punition ou des *théories* de la peine. Bien entendu, d'autres trames discursives sont virtuellement possibles, mais je me limiterai ici à décrire celles qui sont présentes dans mon corpus empirique.

1. Dans la première trame discursive dont je vais traiter, qui est aussi la plus fréquemment trouvée dans mes entretiens, les droits de la personne sont représentés comme un « droit à la punition » mise en place par le système de justice criminelle qui prend la forme suivante : « il faut infliger une souffrance x pour protéger le droit y ». Dans les mots de Beccaria, ils font référence à la « certitude de la punition ». Et peu importe si les peines sont de longue ou de courte durée. De plus, ce « droit à la punition » du coupable vaut non seulement pour les victimes mais aussi pour la société en général: face à la violation des droits fondamentaux d'une victime quelconque, la société devient aussi « titulaire » d'un « droit à la punition ».

2. La deuxième trame discursive est une variation de la première, dans le sens d'aussi associer directement les droits de la personne à un droit de punition, et cela en passant par l'imposition d'une peine d'exclusion sociale. Néanmoins, si cette deuxième trame arrive au même résultat (la peine de

prison pour violation des droits de la personne), elle le fait à partir d'une préoccupation spécifique, à savoir l'inexistence de punition pour les crimes contre l'humanité. Le souci majeur manifesté par la trame est l'impunité de ceux qui violent les droits fondamentaux, tels les tortionnaires qui, à cause du mauvais fonctionnement des institutions comme la police ou les tribunaux, finissent par échapper aux peines (de prison) qu'ils devraient purger.

3. Dans un troisième temps, les droits de la personne sont associés à une « humanisation » du réseau *carcéral* : à une amélioration des conditions de vie dans la prison, à la protection des garanties juridiques ainsi qu'à l'expansion des peines alternatives, etc. Cette troisième manière de penser la relation entre les droits de la personne et le système de justice criminelle revient à l'idée de *droits à l'obtention*, présente dans la littérature, de sorte à exprimer un rôle plus « positif » joué par les droits de la personne. Il est curieux que cette dernière manière de penser, à laquelle on aurait pu s'attendre davantage que les trois précédentes, ne prédomine pas chez la plupart des politiciens ou des militants.

4. La quatrième manière de penser cette relation l'est à partir de frontières thématiques : les droits de la personne s'occuperaient de certaines questions, tandis que le droit criminel s'occuperait de d'autres. Dans cette manière de représenter les deux « circuits communicationnels », ce qui importe est que chacun se distingue de façon à ne pas se confondre avec l'autre et ainsi, garder son identité. Les droits de la personne vont être ainsi définis à partir de ces points de divergence (ce qui n'empêche pas l'établissement d'un rapport complémentaire entre les deux) par rapport au droit criminel.

4.5.1 « Les droits de la personne comme promotion (des théories) de la peine »

La première trame discursive fait la promotion des peines d'exclusion sociale sévères (peines longues d'emprisonnement) et des *théories de la peine* (rétribution, dissuasion, dénonciation symbolique) au nom des (transgressions aux) droits de la personne. Elle se présente sous la forme d'un énoncé normatif du type suivant : « un crime X (contre les droits de la personne) *exige* une peine d'exclusion sociale sévère » ; ou encore : « un crime X exige l'imposition d'une souffrance sévère ». Si on pose la question : « Qu'est-ce qui justifie cette recommandation de peine d'exclusion sévère ? », la réponse sera donnée en réactivant les *théories de la peine* de la rationalité pénale moderne et, tout particulièrement, les théories de la matrice nucléique de ce système d'idées, en l'occurrence celles centrées sur l'exclusion sociale ou qui sont indifférentes à l'inclusion sociale (rétribution, dissuasion, dénonciation). Cette réponse reconduit la *définition pré-moderne de peine (ou de punition) qui a été sélectionnée par la RPM.*

Dans le passage transcrit ci-dessous, on observe le rapport établi entre la peine de prison et la perpétration d'un crime de lèse-humanité. Et il ne s'agit pas uniquement de défendre la prison pour cette sorte de crime, mais aussi des peines de prison *temporellement* sévères : on peut facilement imaginer que ce politicien n'accepterait pas une peine d'incarcération de quelques jours pour un condamné pour le crime de torture. En effet, dans plusieurs passages des entretiens réalisés on trouve une mention des droits fondamentaux ou du principe de la dignité humaine comme justification à l'exigence d'une peine sévère de prison pour ce crime. Notons qu'ici je ne suggère pas l'existence d'une opposition par les droits de la personne aux idées véhiculées par les théories de la peine (comme les idées de dissuasion ou de dénonciation du comportement). L'utilisation d'une « recette » (théories de la peine) n'exclut pas l'utilisation de l'autre (droits de la personne). Au contraire, les théories de la peine peuvent être – et elles le sont explicitement dans quelques entretiens – mobilisées pour confirmer ou renforcer la protection des droits de la personne :

131	Non, la torture n'échappe pas à la prison. Dans aucune hypothèse (...). Parce que la torture offense la dignité des personnes. Juste pour cette raison, elle mérite déjà un traitement spécial. Cela ne veut pas dire que tu vas pourrir en prison, ou mettre un policier dans la même cellule que les criminels communs que lui-même a arrêtés (...) Tu peux lui donner une prison spéciale, mais sans doute il faut la PRISON ! (Politicien – P4)	

Les théories modernes de la peine apparaissent explicitement pour justifier le choix pour une peine d'exclusion sévère pour le crime de torture. Dans les deux extraits suivants, on observe l'actualisation de la théorie de la dénonciation : ici la défense du recours à la prison est basée sur la croyance qu'elle est la réponse la plus adéquate pour bien exprimer (ou bien symboliser) le mal causé par la torture.

132	Dans le cas du crime de torture il faut la peine de prison. On ne peut pas avoir de peines alternatives. À cause du symbolisme. (Politicien – P11)	Prison pour représenter le mal causé par la torture
133	Dans aucune hypothèse on peut penser aux peines alternatives pour la torture. Il faut la prison, parce que c'est un crime de lèse-humanité, qu'on ne peut pas traiter comme un autre crime quelconque. L'idée que j'ai de la fonction de la peine de prison est justement qu'elle doit s'appliquer aux crimes pour lesquels le coupable doit être retiré de la société parce qu'il y a fait du mal (...). Il s'agit d'un type de crime où il faut un symbolisme assez fort pour ce qui est de la sévérité dans la	Prison pour dénoncer la torture

	peine. (...) Ceci n'est pas seulement un crime contre la vie, il est plus grave symboliquement, il renvoie à toute l'humanité. (Militant – M2)	

Dans ces deux passages il apparaît l'idée de symbolisme : il faut punir le crime (torture) avec la peine de prison parce qu'au niveau du symbolisme, cette réaction est importante (pour le public, je suppose). Remarquons que dans ces passages, il n'y a aucune mention de la dissuasion ou de la rétribution du mal. Par contre, l'idée de neutralisation apparaît lorsqu'est mentionnée la nécessité pour le délinquant d'être exclu de la vie sociale. De toute façon, il me semble que le symbolisme est, dans la communication n° 135, l'élément décisif de la réponse pénale, c'est-à-dire avec le message qu'une telle réponse transmet au public. C'est pour cette raison que je considère que ces deux communications actualisent la théorie de la dénonciation plutôt que les deux théories *classiques* (dissuasion ou rétribution).

Maintenant, je passe à la théorie de la dissuasion. À travers les idées d'*intimider*, de *donner l'exemple* ou de *dissuader* le comportement avec la peine, les deux passages suivants vont actualiser la théorie de la dissuasion pour justifier la nécessité de la prison :

134	Dans le cas de la torture, je suis favorable à la prison. Pour avoir de l'intimidation. (...) Les peines alternatives pour les agents publics affaibliront trop le caractère intimidateur de la loi contre la torture. (Politicien – P7)	Prison pour intimider
135	(...) On ne peut pas penser aux peines alternatives pour la torture. Moi, je ne crois pas à la prison, je suis contre la prison, je ne crois pas que la prison va résoudre le problème. Mais je crois qu'elle peut servir comme un exemple pour les autres agents de l'État, pour qu'ils ne pratiquent plus ce type d'acte. (Militant – M3)	Prison pour servir d'exemple

Dans ces deux communications, la peine de prison est considérée comme la seule sanction capable de causer l'effet dissuasif nécessaire tandis que les peines alternatives doivent être, pour cette même raison (leur incapacité à dissuader le comportement), complètement rejetées.

La promotion des peines longues d'incarcération au nom de droits de la personne s'appuie aussi sur l'image construite que l'on se fait du tortionnaire : d'après quelques interviewés, il est un être humain différent des autres, un individu inférieur ou « moins humain » que les « autres humains », y compris ceux qui commettent des crimes (ordinaires).

136	Il y a un cardinal que j'aime beaucoup qui dit que ceux qui torturent ne sont pas des hommes, mais des rats. Alors les rats ne peuvent pas vivre parmi les autres personnes dans une relation équitable. (Militant – M2)	

Dans la citation suivante, on fait référence à la punition, et d'après le contexte, il devient clair qu'il s'agit de la prison :

137	(...) Le tortionnaire est considéré comme le démon des violations des droits de la personne. Ainsi, même s'il est envoyé dans une prison sans perspectives, les groupes de droits de la personne, sont d'avis qu'il doit payer personnellement pour ce qu'il a fait. (...) le tortionnaire pratique ses actes comme une routine, alors la gravité de ses actes est plus significative que celle d'un criminel ordinaire (...) Dans ce cas, il s'agit d'un *droit à la vengeance* de la société contre celui qui viole les droits d'autrui (c'est moi qui souligne). (Politicien – P1)	

Lorsqu'on dit que le tortionnaire doit « payer pour ce qu'il a fait », et la société se donne un « droit de vengeance » on suppose que l'aspect le plus important de la punition dans ce cas est la réponse (pénale) donnée. Peu d'importance est donc donné aux conséquences de l'application de la sanction, comme la prévention du crime. Autrement dit, la question ici est la rétribution du mal (torture) par le mal (la peine). Dans l'extrait suivant, on peut observer encore plus nettement l'actualisation de la théorie de la rétribution comme une justification pour faire la promotion des droits de la personne au moyen de la punition de la torture :

138	Je suis très radical en ce qui concerne les peines: il faut châtier le tortionnaire le plus possible. C'est un être humain particulièrement mauvais. C'est dommage que la société n'a pas créé des conditions humaines pour une meilleure évolution. (...) Mais cette figure mérite réellement une pénalité plus sévère. (Politicien – P6)	Peine sévère pour le tortionnaire

Dans la citation suivante, on trouve une observation de deuxième ordre, faite par un militant, qui confirme la manière dont les militants en général observent celui qui torture :

139	De la même façon que les bandits sont les mauvais pour la classe moyenne et pour la classe élevée et doivent être sévèrement punis, les policiers agresseurs sont les mauvais pour les droits de la personne et doivent être sévèrement punis. (Militant – M1)	Les bons/les mauvais

Ce militant va formuler son observation en utilisant la distinction *bon/mauvais*. Les policiers qui torturent seraient ainsi les « mauvais » pour les (militants des) droits de la personne. Or, qu'est-ce que la distinction *bon/mauvais* est en train de distinguer ? Est-ce qu'elle est en train de différencier les bons et les mauvais *criminels*, ou les bons et les mauvais *hommes* ? Dans le premier cas, les *mauvais* criminels seraient justement les tortionnaires, tandis que les *bons* criminels seraient tous les autres, ou du moins ceux qui ne commettent pas de crimes qui violent les droits de la personne. L'autre possibilité est d'interpréter la distinction entre *bon/mauvais* comme une tentative de parler d'être humains « moins humains » que d'autres. Dans la face « mauvais », les policiers tortionnaires seraient ainsi des humains « moins humains » ou à la limite « non humains ». En ce qui concerne les peines, la réaction est toujours d'attribuer aux mauvais une peine différenciée, et conséquemment plus grave.

L'idée qui apparaît au cœur de ces quatre communications et qui caractérise la théorie de la rétribution comme un pilier de la rationalité pénale est celle qu'il faut causer un mal à ceux qui ont causé un mal (le crime). Le mal est traduit ici par l'imposition de la souffrance (« qu'on châtie le tortionnaire le plus possible » (citation n° 138) et ce, au moyen de la peine. Différemment de la théorie de la dissuasion, on n'est pas ici préoccupé avec la production d'un bien spécifique pour la société à travers la punition ou même avec les conséquences (pour le coupable ou pour la société) de l'application de la peine. En effet, ces communications ne permettent pas d'identifier une quelconque préoccupation relative aux conséquences de la punition : la plus importante semble être finalement la vengeance de la société (et de la victime) contre le coupable. Ce type d'argument me suggère qu'on serait face à une obligation de nature *morale* (et non, par exemple, de nature *pragmatique*). Et de même que pour la théorie de la dissuasion, c'est à la justice pénale que revient le rôle de rétablir cette morale de la société, temporairement affaiblie.

À partir de l'analyse de ces extraits, et d'autres que je n'ai pas cités, je pense qu'il est possible de caractériser cette trame discursive à l'aide de quatre dimensions analytiques :

(i) *Coprésence.* Il y a d'abord une *coprésence*, dans le même « espace » de référence, des deux thèmes ou des deux pôles : les droits de la personne et les théories de la peine valorisant l'exclusion sociale.

(ii) *Attachement strict.* Ces deux pôles, droits de la personne et théories de la peine sont *strictement attachés* l'un à l'autre : la trame discursive ne conçoit pas un « remède » à un crime (observé comme étant contraire aux droits de la personne) sans que ce remède puisse entrer dans le

cadre des théories de la peine valorisant l'exclusion sociale. Par exemple, le pardon ou un dédommagement sans exclusion n'est pas envisagé (ils sont écartés comme solution).

(iii) *Relation unidirectionnelle*. Cet attachement strict est *unidirectionnel*. C'est dire qu'il a une « vectorialité » déterminée qui va des droits de la personne (point de départ) vers les théories de la peine valorisant l'exclusion sociale (point d'arrivée). Dit autrement : les théories de la peine centrées sur l'exclusion sociale (rétribution, dissuasion, dénonciation symbolique) sont *appelées* parce qu'il y a un comportement illégal (crime) qui est vu, en plus, comme étant *contraire* aux droits de la personne.

(iv) *Dépendance appréciative*. Cette trame discursive crée une « *dépendance appréciative* » des droits de la personne par rapport aux théories de la peine qui recommandent aux autorités les peines d'exclusion. Elle soutient que les droits de la personne n'ont pas vraiment de valeur *si la peine d'exclusion n'indique pas, par la négative, la valeur de ces droits*. Tout se passe comme si, pour exprimer que l'« humanité » sélectionnée par les droits de la personne a une « grande valeur », il était nécessaire de montrer par la négative que la transgression à cette valeur a un « prix élevé d'exclusion sociale ». Cette trame discursive présente alors les droits de la personne comme des droits « peu convaincants » et ayant une « débilité d'appréciation intrinsèque », car ils auraient besoin des théories de la peine du droit criminel de la première modernité pour « donner de la valeur » à ces propres valeurs. Alors, selon cette trame discursive, si les peines indiquées dans la législation criminelle ne sont pas des peines sévères d'exclusion sociale, « on ne communique pas clairement la valeur de ces droits ». Ainsi, par exemple, pour savoir que la « torture » est une atteinte grave contre l'humanité, nous avons besoin de peines d'incarcération très sévères. En cas contraire, on reste dans l'ignorance et la valeur protégée ne peut pas être communiquée.

Si on considère alors que la peine d'exclusion est la seule peine valable pour protéger les droits de la personne, une autre sorte de problème émerge: d'après une certaine manière de décrire les droits de la personne, ils sont caractérisés par la distribution de biens « positifs » (droit à la liberté de mouvement, à l'expression, aux services de santé, au travail, etc.). Rappelons que les droits de la personne, au XVIIIe siècle, autant dans des communications du système juridique que du système politique, étaient représentés comme la protection des individus contre les abus du pouvoir du souverain. Dans le système juridique, cette protection s'est traduite en grande partie par des droits à une procédure juste, tels les droits à la défense, au silence, à un procès équitable, etc. Au niveau des peines à proprement parler, des garanties contre le pouvoir du prince ont aussi émergé : pensons à l'interdiction des peines cruelles ou de la peine de mort au nom des droits de la personne.

Du point de vue de la rationalité pénale, l'exigence de peines sévères pour l'inculpé peut être conçue comme une demande du type « droit de protection », c'est-à-dire la protection de certains contre l'action de quelqu'un d'autre. Cependant, si on observe les mêmes exigences favorisant plus de punition à partir de la perspective des droits de la personne, le scénario change considérablement. Les *droits de protection* (ou « *droits de...* ») sont destinés à garantir des « espaces d'autonomie », c'est-à-dire on va demander à l'État ou aux autres individus le respect de notre liberté d'action, pensée, expression, etc. Les normes ici confirment cet espace, ne visant pas leur réalisation positive (ce qui est attribué aux droits à l'obtention, ou « *droits à...* »). La peine est, au contraire, l'application d'un *mal* bien concret. De ce fait, la demande d'une punition spécifique, telle une peine de 5 ou de 10 ans de prison pour quelqu'un qui a violé ma liberté ne fait pas partie de l'*espace sémantique* des droits de la personne

De la même façon, d'après la perspective des droits de la personne, la demande de plus de punition et de souffrance ne peut pas entrer dans la catégorie des *droits à l'obtention*. Le droit exigé ici concerne nécessairement un « bien positif », dans le sens de produire lui-même et immédiatement un bien-être (rappelons: éducation, assistance médicale, etc.) (Pires, 2004 : 56). La peine est toujours considérée comme un *mal* qui produit un *bien hypothétique* (« resocialiser » l'individu ou dissuader quelqu'un d'autre d'avoir tel ou tel comportement), de sorte qu'on ne peut pas la considérer comme un véritable *droit à l'obtention*. Alors, quand la politique mobilise le discours des droits de la personne pour demander une punition plus sévère, ou même une punition quelconque, c'est ailleurs qu'on doit en chercher la source.

Pensons, par exemple, au *Bill of Rights* des États-Unis, officiellement inclus dans leur Constitution en 1789. Dans ce document, considéré une marque historique parmi les déclarations modernes portant sur les droits fondamentaux, on ne trouve aucune mention à la criminalisation d'un comportement, où à sa punition. Le ton de cette « Charte des droits » est plutôt de *déclarer* certaines garanties fondamentales, sans pour autant indiquer comment l'État doit en assurer la réalisation. Or, lorsqu'il s'agit d'un droit qui implique une limitation à l'interférence de l'État, cette question est moins sujette à discussion. Pensons, par exemple, au 1er amendement où il est interdit à l'État de se prononcer sur le choix de la religion :

140	**Amendment I** Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.	Contrôle du législatif

Néanmoins, même quand il s'agit d'un droit « positif » ou d'un « droit à l'obtention de quelque chose », la Charte ne fait aucune mention des moyens, droit pénal ou autre:

141	**Amendment IV** The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.	Contrôle de la police

Je veux souligner que l'aspect punitif n'est pas nécessairement présent dans toutes les constructions concernant les droits de la personne, au moins en Occident, même si aujourd'hui on assiste à une approximation importante entre les ressources punitives du droit pénal et les droits de la personne (Ost, 2007 ; van de Kerchove, 2007). Ce type de construction, comme celle qu'on voit dans la Constitution américaine, se caractérise davantage par la représentation des droits de la personne comme une catégorie plus libératrice que contraignante, dans le sens de ne pas insister sur la nécessité ou sur l'importance des sanctions pénales comme réponses aux violations des lesdits droits.

Néanmoins, d'après mes données, il me semble que les politiciens et les militants se servent beaucoup d' « apprentissages » de la rationalité pénale lorsqu'ils vont manifester leurs opinions sur la punition des crimes contre l'humanité. Ainsi, lorsque les communications politiques portent sur la protection des droits de la personne, la punition criminelle (avec la peine longue de prison) apparaît comme la réponse incontournable de l'État, même si elle n'est pas la seule réponse possible ou même la plus souhaitable. Et lorsque les communications rentrent plus directement dans le thème des peines, elles reproduisent encore d'autres idées clés de la rationalité pénale moderne, en plus de cette nécessité de mobiliser le pénal pour garantir l'ordre social et/ou exprimer les valeurs sociales les plus importantes) qu'on trouve, comme par exemple, celle concernant l'imposition de la souffrance pour consolider une « vraie » punition.

La torture est considérée comme un comportement particulièrement grave parmi les violations des droits de la personne et cette attribution de gravité joue apparemment le rôle de réaffirmer le type de discours punitif (en faveur de peines graves, afflictives, etc.) qu'on voit dans les communications politiques à l'égard de tous les crimes contre l'humanité ; de ce fait, il n'est pas surprenant que la totalité des interviewés aient défendu l'idée de peines sévères comme punition pour la torture. Et cela implique, bien entendu, l'imposition de peines de *prison* (et non de fortes amendes ou de lourds travaux communautaires). Le cas du discours politique sur la punition de la torture est ainsi un exemple de l' « association » qui s'établit entre deux trames discursives distinctes : la première (droits de la personne) entre avec le « problème » ou le discours sur le « droit à la protection » tandis que la seconde (rationalité pénale) entre avec la « solution » ou le discours sur la « protection ». Et la seule modalité de protection que la rationalité pénale connaît, c'est à travers la peine afflictive, en l'occurrence la peine de prison.

On peut ainsi dire qu'on est dans une situation d'association d'idées qui ont comme origine deux univers discursifs distincts (rationalité pénale moderne et droits de la personne). Le résultat de cette combinaison d'idées est un discours qui se dit en même temps libéralisant et contraignant, sans être capable de thématiser son propre paradoxe. Ceci ne veut pas dire, cependant, qu'il s'agit d'une fusion entre les deux trames discursives en question : chacune garde toujours son unité. Ainsi on ne peut pas dire, par exemple, que la trame discursive des droits de la personne intègre complètement les théories de la peine dans son propre réseau de communication, mais plutôt qu'il s'agit d'une troisième réalité discursive qui met ensemble l'idée de protection des droits fondamentaux avec les théories de la peine. Cette nouvelle réalité discursive va voir une sorte d'harmonie ou de synchronie (discursive) lorsqu'elle est confrontée avec des informations de l'extérieur. Ainsi, face à une situation où on reconnaît une violation grave des droits de la personne, on s'attend à ce que le discours qui s'est formé réagisse d'une même manière, avec la même consigne : il faut créer un crime contre les droits de la personne et lui attribuer une peine très sévère.

(a) Les peines alternatives : tentatives d'échapper au système d'idées dominant

La présence des 4 catégories analytiques (coprésence, attachement strict, « unidirectionalité » et dépendance appréciative) dans toutes les communications de la première trame discursive indique que la rationalité pénale moderne fonctionne comme discours colonisateur du thème de la punition, lorsqu'il apparaît associé à la trame discursive des droits de la personne.

Néanmoins, j'ai trouvé dans les entretiens des exemples intéressants de tentatives de quelques progressistes (politiciens et militants) de sortir de la rationalité pénale moderne, en défendant des réponses pénales moins « conservatrices » et moins agressives que la prison, telles les peines alternatives (ou restrictive de droits), y compris pour les crimes contre l'humanité.

Ces tentatives esquissent un détachement de la trame discursive des droits de la personne des théories de la peine, en sélectionnant, à première vue, un autre concept de « punition » que celui de la rationalité pénale moderne. Dans ces communications, des peines alternatives comme les travaux communautaires ou la réparation financière sont énoncées comme possibilités de punition en remplacement de la prison. Or, pour des raisons variées, ces communications n'arrivent pas à échapper complètement de la « cage » des théories de la peine, en dépit d'une apparente disposition pour l'innovation. Et il me semble que cette difficulté à échapper au piège que représente la rationalité pénale moderne pour finalement sortir de la « bouteille à mouches » (Pires, 1998a) réside en bonne partie dans la résistance à abandonner l'élément de la souffrance de la réponse criminelle.

Dans le cadre de ma recherche, les militants autant que les politiciens vont généralement – du moins dans un discours plus superficiel – valoriser les peines alternatives et défendre l'augmentation de leur usage. Toutefois, cette augmentation est toujours limitée (à certains crimes ou à certaines situations) sans que cette limitation soit accompagnée d'un exercice de réflexion critique: on ne prend pas en considération qu'un crime puisse avoir des gravités différentes, en dépit du fait que le bien juridique violé soit le même. L'exemple plus commun est le cas de la vie : l'impossibilité de punir avec des peines alternatives les crimes contre la vie, indépendamment de leur gravité, ressort clairement de la lectures de quelques entretiens.

142 | Je pense que s'il ne s'agit pas de crimes contre la vie, les entités des droits de la personne, les mouvements des droits de la personne ou la politique d'État des droits de la personne doivent stimuler l'usage des peines alternatives, bien entendu s'il ne s'agit pas de crimes contre la vie... La peine alternative est très peu appliquée parce qu'elle est prévue pour très peu de crime (...).
(Militant – M2)

Mais est-ce que tous les crimes contre la vie sont équivalents ? Sont-ils nécessairement très graves ? Ne peut-on pas penser aux alternatives pour un homicide sans l'intention de tuer (homicide sans culpabilité)? Le problème me semble être le préjugé encore considérable de la part des militants à l'égard des peines alternatives. Comme si même pour eux, malgré leur discours (superficiel)

favorable à ce type de peines, les alternatives ne sont de « vraies » peines pour les biens plus « nobles ».

Un des militants fait une observation de deuxième ordre à l'égard de la vision restrictive de l'usage des peines alternatives défendu par les organisations des droits de la personne. Il soulève que lorsqu'il s'agit du recours auxdites peines pour les crimes de lèse-humanité, les organisations y sont absolument opposées. D'après elles, les peines alternatives seraient en général valides et valorisées comme une bonne option face à la prison, sauf dans les cas de crimes contre les droits de la personne.

143 | Même s'il y a dans le mouvement national des droits de la personne un discours favorable aux peines alternatives, favorable à la solution des conflits hors du pouvoir judiciaire (...) pour certains crimes, comme les violations des droits de la personne, le traitement est de criminaliser, de créer des peines et parallèlement on crée des mesures de prévention (...). Ces organisations voient comme adéquates les peines alternatives, mais non pour les crimes des droits de la personne.
(Militant – M1)

Maintenant, je passe à deux cas où on lit l'apparente « disposition » à penser à d'autres possibilités de punir la torture autrement que par la prison : la première parle de la réparation financière et la deuxième, de travaux communautaires.

144 | Je pense que la réparation financière à l'égard de la personne torturée est une bonne punition, parce qu'aller chercher de l'argent dans la poche de quelqu'un est toujours une chose forte ; dédommager financièrement la victime. C'est une alternative très intéressante. Innovatrice, même.
(Militant – M4)

Néanmoins, à mesure que l'entretien avance, on observe que la prison n'est pas abandonnée pour faire place au dédommagement. En fait, il s'agit d'une combinaison des deux peines (prison + dédommagement):

145 | Je ne sais pas si on pourrait penser aux deux choses, prison et réparation, c'est-à-dire que la peine de prison ne doit pas nécessairement être longue, mais ce n'est une mauvaise idée que le coupable reste au moins un peu en prison. Ce n'est pas mal du tout. Mais si on pouvait en plus chercher de l'argent dans les poches des tortionnaires, ce serait super, parce que ceci va inhiber beaucoup plus la pratique de la torture que la prison elle-même.
(Militant – M4)

La persistance de la prison dans les discours me semble être, comme je le disais, un réflexe direct de la logique selon laquelle il faut avoir de la souffrance pour pouvoir véritablement punir. Sinon, il ne s'agit pas d'une « vraie » punition, mais d'un « cadeau » du système offert au délinquant. La grande difficulté d'échapper à la prison comme réponse au crime réside à mon avis justement dans la constatation qu'il n'existe pas aujourd'hui une autre sanction qui peut infliger autant de souffrance.

Analysons maintenant le cas où un politicien a considéré l'hypothèse de la peine de travaux communautaires pour le cas de la torture :

146	Je n'exclurai même pas l'hypothèse de créer une peine alternative pour la pratique de la torture... mais il faut penser... Pour cela j'aimerais parler aux gens qui ont réfléchi, accumulé des connaissances à cet égard...mais à mon avis, du point de vue éducatif, pour la société, une personne qui a pratiqué la torture et qui a été publiquement incitée à réaliser une action positive pour la société : ceci peut être plus intéressant que de laisser une personne emprisonnée dans une cellule et oubliée pour le reste de la vie. (Politicien – P3)	

Lorsque ce politicien a été questionné à propos de la gravité du crime de torture et de la logique traditionnelle toujours utilisée selon laquelle on attribue une peine grave à un comportement considéré comme grave, le sénateur va tenir une réponse assez particulière : il va affirmer qu'une peine alternative peut aussi être *sévère*. Autrement dit, ce n'est pas exclusivement la prison qui peut consister en une peine sévère. Apparemment cette affirmation casse une logique véhiculée par la rationalité pénale à savoir qu'exclusivement la peine de prison serait une peine assez sévère pour faire face à des situations graves.

147	Oui, la torture mérite une peine grave, mais la peine grave n'exclut pas, d'après moi, l'hypothèse d'avoir une peine alternative. (Politicien – P3)	

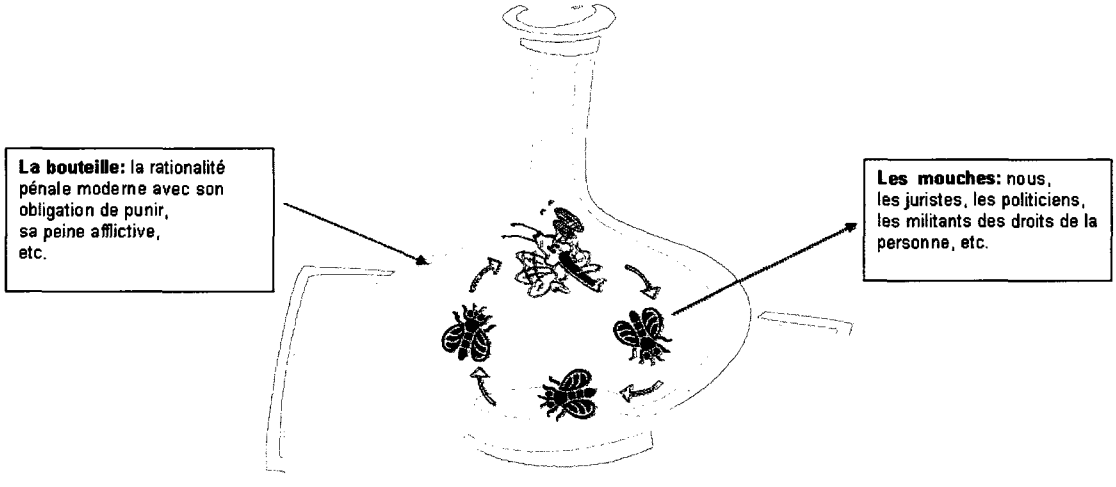
On a l'impression ici qu'on a finalement trouvé un participant à la recherche qui arrive à sortir un peu de la rationalité pénale dominante et à penser le droit pénal de manière plus libérée de certains dogmes courants concernant les peines. Cependant, il faut analyser davantage son discours car il y a des passages où cette relativisation est considérablement limitée.

148	il faut un type de contribution qu'aux yeux de la société les personnes vont comprendre... (...) Mais il faut un type de peine alternative dont même les parents de la personne torturée pourraient dire : - ah, s'il fait	La peine doit dégager un sentiment de

ce type de travail au bénéfice de la communauté (...) une compensation pour ce qu'il a fait à notre enfant, à notre frère, dans ce cas nous trouvons cela juste. Mais pour choisir le type de peine alternative, je ne suis pas spécialiste. (...) Alors, je dirais qu'au lieu que la personne soit condamnée à X ans de prison, elle peut être condamnée à s'occuper pendant des années de malades lépreux, de malades du V.I.H., de malades du cancer... et de façon disciplinée, de sorte à bénéficier aux gens. (Politicien – P3)	justice

Pour contribuer à la discussion de ce cas, rappelons l'image de la bouteille à mouches, empruntée de Watzlawick par Pires (1998a), pour représenter le piège que représente la rationalité pénale moderne à l'endroit de notre pensée sur les peines. La bouteille à mouches a été utilisée pour certaines expériences qui ont été très utiles pour analyser les manières de réagir du point de vue de la connaissance dans certaines circonstances. Ces bouteilles avaient une large ouverture, qui donnait une impression de sécurité aux mouches. Une fois dans le ventre de la bouteille, les mouches n'étaient plus capables d'en sortir, même si elle n'était pas bouchée. Vu de l'intérieur, le conduit étroit par lequel les mouches étaient passées – le seul chemin possible vers la sortie – paressait encore plus dangereux que l'espace dans lequel elles étaient. Les mouches cherchaient de façon répétée la sortie là où elle n'était pas : au fond de la bouteille (Pires, 1998a :7).

Figure 4.2
La bouteille à mouches



Dans une telle situation, va dire Watzlawick, il fallait apprendre aux mouches que la seule solution était de reprendre le même chemin – à travers le col de la bouteille – qu'elles avaient pris pour y entrer, même si cela apparaissait une option plus dangereuse que de continuer à chercher une manière de sortir dans le ventre de la bouteille. En fait, il faudrait convaincre les mouches d'abandonner une réalité qu'elles ont construite et qui ne convient plus (Watzlawick cité dans Pires, 1998a : 8).

Pires va dire qu'on a construit en Occident quelque chose de semblable à la bouteille à mouches en ce qui concerne la justice criminelle, et plus spécifiquement la peine, dans le sens qu'on n'est pas capable de sortir de la réalité qu'on a construite, même si on reconnaît qu'elle ne nous convient plus. On reste enfermé dans une manière de penser les peines de la même façon que les mouches se croient enfermées dans la bouteille, en dépit du fait qu'elle reste toujours ouverte. Et on a peur d'en sortir ainsi que les mouches, parce que pour le faire, il faudrait reprendre le même chemin qu'on a pris pour y entrer, c'est-à-dire abandonner certaines structures cognitives, telles les théories de la peine, qui nous semblent « évidentes » ou « naturelles » depuis deux siècles. Et ainsi, on revient en vitesse vers le fond de la bouteille et on recommence à imaginer des solutions qui renforcent ces mêmes théories (Pires, 1998a : 9).

Disons que dans les citations n°146 et 147, lorsque le politicien (P3) défend l'idée de peines alternatives pour le crime de torture, il arrive à se sortir la tête de la bouteille à mouches, car pour soutenir une telle position, il faut se libérer de certaines croyances, telles les idées conventionnelles associées à la peine comme la rétribution ou la dissuasion. Ceci lui permet de regarder le monde à l'extérieur de la bouteille et de penser à d'autres possibilités de punition au-delà de la prison, même pour un crime considéré par lui-même comme très grave. Néanmoins, quelque chose l'empêche d'en sortir complètement. Si ma perception est correcte, cette « chose » est l'aspect expiatoire de la peine.

La prison, pour la première et unique fois dans tous les entretiens que j'ai réalisés, est exclue comme moyen par excellence pour punir la torture. Mais la souffrance ne l'est pas. Dans la citation n° 148, le sénateur va expliquer le type de travaux communautaires qu'il trouverait adéquats pour un cas de crime de torture : il faudrait que ce soit une activité spéciale et non un travail que n'importe quel condamné pourrait réaliser à sa place. Le condamné pour crime de torture s'occuperait, dans cette hypothèse, de gens gravement malades, qui souffrent de maladies chroniques et sans cure. Disons que le choix des maladies n'a pas été fait par hasard : il me semble que l'interviewé a cherché des situations bien difficiles pour le condamné. Bref, ces réflexions m'amènent à conclure que le

condamné à ce « travail communautaire » devrait quand même être soumis à un minimum de souffrance; même si cette expérience de la souffrance devrait se vivre à travers la souffrance des autres.

La nécessité de production de la souffrance, comme je l'ai mentionné dans les chapitres précedents, est l'un des aspects centraux de la rationalité pénale moderne. Nous sommes effectivement incapables de penser à la punition sans y ajouter un degré minimal de souffrance. Dans la citation suivante, un militant va exprimer ce rapport d'une façon assez explicite :

149	Mais cette discussion autour d'une peine qui serait plus ou moins mauvaise que la prison est un piège. C'est un piège parce que cela te pousse à trouver des formes de punition autres que la prison, des punitions aussi sévères, aussi folles, aussi douloureuses ... parce que sans souffrance, il n'y a pas de punition, la personne doit souffrir, doit bien réaliser la peine qui lui est imposée. (Militant – M5)	Punition = souffrance

À la fin, cette formule est simple: pas de souffrance, pas de punition. La question néanmoins peut se présenter d'une façon plus complexe si on considère que la souffrance peut être graduée. En fait, la punition peut être adéquate ou *proportionnelle* au crime justement parce que son élément de base peut, lui, être « fragmenté ». On reste ainsi avec des « fragments » ou des « intensités » de souffrance, qui doivent être appliqués pour correspondre à la valeur du bien violé. Dès lors, un bien très précieux « vaut » beaucoup de souffrance. Dans cette rationalité pénale, la souffrance devient l'unité qui exprime la valeur d'un bien : « dites-moi quelle est la peine afflictive que vous appliquez que je vous dise combien vaut mon bien » (Pires, 2004 : 59).

De ce raisonnement, il découle deux aspects importants: premièrement, c'est qu'à un bien de valeur il faut attribuer un « prix » selon le droit pénal. Si la violation de ce bien n'a pas comme conséquence une peine afflictive – qui actuellement ne peut être autre que la prison – il n'est pas vraiment précieux. L'entrée dans le monde des peines afflictives est l'attestation que le bien est effectivement important pour la société. D'où la préoccupation des défenseurs des droits de la personne qu'il y ait criminalisation de la torture, des homosexuels, qu'il y ait criminalisation de l'homophobie[15], etc. En second lieu, la possibilité d'existence d'une « correction inflationniste» (Pires, 2004 : 59) des taux de souffrance : si un bien devient plus important, plus précieux pour la

[15] Voir le projet de loi n° 5003/2001, au Brésil, qui criminalise les comportements discriminatoires à l'égard des homosexuels.

société, il faut corriger la peine pour qu'elle réfléchisse la valeur de ce bien. La *loi Maria da Penha* (loi 11.340 de 2006), au Brésil, qui augmente les peines pour les femmes battues en est un exemple : le respect de l'intégrité physique et morale des femmes est devenu plus valorisé de sorte qu'il faut ajuster la punition pour bien refléter cette nouvelle valeur.

4.5.2 « Les droits de la personne comme limite à l'impunité »

La deuxième trame discursive est assez voisine de la précédente, mais j'ai jugé pertinent de la présenter de façon détachée pour mieux visualiser le problème particulier qu'elle veut indiquer. Ici les droits de la personne sont intimement liés au combat contre l'impunité qui se traduit par l'absence de peines, c'est-à-dire la non application des sanctions (criminelles) face à des violations des droits fondamentaux. D'après cette trame, la protection des droits de la personne est uniquement réalisée à travers la punition des coupables par les organisations formelles (tribunaux). Différemment de la trame précédente, la punition ici ne prend pas nécessairement la forme d'une peine longue d'exclusion sociale : l'accent est plutôt mis sur l'acte même de punir, de réagir aux comportements, avec des peines. Ci-dessous, j'ai transcrit trois extraits issus du même entretien et qui traitent explicitement du droit à la punition comme un « droit fondamental » :

150	Où sont les droits de la personne ici? C'est-à-dire, les droits de la personne sont dans la procédure légale, dans la punition des coupables de violation des droits fondamentaux (...) (Politicien – P1)	Droits de la personne = punition
151	Je ne pense pas qu'on va protéger les droits de la personne avec les condamnations à des peines trop sévères. Parce qu'il ne va pas subir la peine, ça commence par ici. C'est le cas du Colonel Ubiratan : jusqu'à aujourd'hui il n'a pas encore subi sa peine de 600 ans de prison (...) Les droits de la personne doivent travailler pour que les peines soient effectivement appliquées (...). (Politicien – P1)	Pas d'application des peines
152	Ainsi les droits de la personne doivent travailler pour l'application effective de la peine, qu'elle soit légère ou lourde. De cette manière on lutte pour la réalisation da la justice. Parce qu'une chose qui est dramatique au Brésil, outre la torture, est la non application des peines, ce qui amène un discrédit de la justice. (Politicien – P1)	Pas d'application des peines

Cette trame observe les transgressions aux droits de la personne à l'aide de la distinction *prise en charge/impunité* ou, plus spécifiquement, *punition/impunité* et proteste contre une pratique (vue comme généralisée ou très répandue) d'impunité *par négligence des autorités* et des diverses

organisations qui détiennent un rôle à l'endroit du comportement de ses membres (police, tribunaux, associations d'avocat, comités disciplinaires parlementaires, etc.). Elle prend alors les formes suivante : « L'impunité [généralisée] est la plus grande ennemie des droits de la personne », « comment peut-on prendre au sérieux les droits de la personne si l'on ne réagit pas contre les transgressions aux droits de la personne? », « les droits de la personne commencent par la punition effective des transgressions aux droits de la personne », etc.

Deux contextes politiques distincts peuvent être à la base de cette trame discursive: les conditions d'*anormalité* ou de *normalité politique*. Dans le premier cas, on parlera d'impunité des autorités, des élites et de leurs représentants dans le cadre de dictatures et de gouvernements autoritaires (par opposition à démocratiques) ou dans des situations de guerre (externe ou interne); dans le deuxième, on fait référence à des gouvernements démocratiques où l'on trouve, malgré cela, un mauvais fonctionnement des organisations formelles et des autorités dans l'exercice de leurs fonctions du point de vue du code binaire du système de droit (légal/illégal). Dans mon corpus empirique, cette trame discursive porte presque exclusivement sur les cas de *normalité politique*, même si j'y trouve aussi certaines allusions à la période de dictature militaire au Brésil. Par conséquent, ma description porte surtout sur « des conditions politiques normales ».

Même si cette trame se présente souvent sous une forme naïve ou à l'aide d'arguments naïfs sur l'impunité[16], elle indique un problème de fond particulier dans le fonctionnement des organisations formelles dans certaines régions démocratiques de la société-monde : une sorte de corruption des organisations à l'égard de leurs propres normes internes. Cette critique cible tantôt les tribunaux (organisations du système de droit), tantôt le système politique (police), tantôt les deux de façon indifférenciée. Lorsqu'elle porte sur les organisations du système politique, elle s'adresse souvent à la police et aussi à l'inertie politique de l'administration publique sur le plan de l'*exécution des sentences* occasionnellement données (j'y reviendrai). À l'égard des forces policières, la critique déplore, par exemple, la violence de la police, son inertie pour ce qui est de s' « autocontrôler » et sa tendance à ne pas faire son travail dans le cadre de certains types de plaintes reçues.

Cette trame discursive part alors d'une sorte de *constat de dysfonctionnement organisationnel* à l'endroit de l'appui qui aurait dû être donné au traitement de certaines normes de comportement. Cependant, ce qui reste très problématique, c'est que cette trame discursive fait un usage vague,

[16] Par exemple, la croyance selon laquelle « la punition va résoudre le problème de ces crimes et créer un avenir meilleur » ou que « sans punition la vengeance généralisée va s'installer », etc.

imprécis et indifférencié autant du concept de « punition » que de celui « d'impunité » (contre-concept). À vrai dire, je ne trouve ni de définition de *punition* ni d'*impunité*. En d'autres termes, on ne sait pas dire si la distinction punition/impunité prend la signification qui lui est donnée par les théories de la peine du droit criminel (« si l'on n'est pas *effectivement puni* par une *peine d'exclusion du droit criminel* il y a *impunité* ») ou si elle prend un sens plus large pour dire qu'aucun système de régulation du droit ou des conduites n'est activé. On ne sait pas ce qui est inclus ou exclu dans chaque face de la distinction.

Dans notre corpus empirique, cette trame discursive *semble* se référer au droit criminel, et non aux autres formes possibles d'intervention et de contrôle des normes. Dans cette hypothèse, ce discours sur les droits de la personne s'attache (de façon lâche) au discours précédent parce qu'il est construit à partir du concept de peine des théories de la peine. Cependant, il ne met pas *directement l'accent sur une éventuelle nécessité de peines sévères*, ni même de peines d'exclusion (peine capitale et incarcération), mais surtout sur l'idée de la nécessité d'un fonctionnement « normal » des organisations formelles par rapport à leur appui aux expectatives normatives de comportement.

Comme je le disais au début, cette trame discursive est très similaire à la première, à l'exception de l'accent sur la question de l'impunité. Toutefois, les deux trames valident le même recours comme punition, à savoir les peines d'exclusion sociale. Ainsi, si cette deuxième trame fait effectivement référence uniquement aux sanctions *criminelles qui valorisent l'exclusion* comme réponse aux violations des droits de la personne, même sans mentionner explicitement la sévérité, on peut dire qu'il y a une *coprésence* entre les droits de la personne et les théories de la peine. Dit d'une autre manière, les droits de la personne dans cette construction discursive ne s'opposeront pas à des peines longues de prison : au contraire, on peut supposer que ces peines seront bien reçues. On suppose, de plus, une tolérance ou encore une sympathie pour des peines longues de prison.

En ce sens, on peut dire qu'il y a un *attachement strict* aux peines d'exclusion, traduit par la référence uniquement aux peines de *prison*. On peut imaginer que dans l'hypothèse de l'attribution des peines de dédommagement comme punition pour des violations contre les droits de la personne, cette trame discursive la classifierait dans la face *impunité* (de la distinction *impunité/punition)*, vu qu'elle ne serait pas considérée comme une « vraie » punition d'après les paramètres des théories modernes de la peine. De ce fait, les catégories de l' « *unidirectionalité* », ainsi que celle de la *dépendance appréciative* sont de même présentes, parce que sans la peine de prison les droits de la personne (violés) ne seraient pas suffisamment validés et valorisés.

4.5.3 « Les droits de la personne comme facteur d'humanisation des peines de prison »

J'ai aussi trouvé un discours plus « humaniste » (certes, secondaire) dans mes entretiens en ce qui concerne le rôle des droits de la personne à l'intérieur du système pénal. Dans cette trame discursive, les interviewés formulent des critiques importantes à l'endroit du système de droit criminel, en soutenant que les droits de la personne devraient s'occuper des prisons pour y améliorer les conditions de détention, la formation des gardiens de prison, etc. Je peux ainsi dire que cette troisième trame discursive a pour thème général l'« humanisation » de la vie et le renforcement des « garanties juridiques » en prison.

153	Je pense que la mission des droits de la personne est d'humaniser les prisons, donner les conditions pour l'exécution des peines, travailler pour l'amélioration des agents pénitentiaires (...). Je pense que les droits de la personne devraient essayer de remplacer le système pénitentiaire, au lieu de la punition on devrait créer le service communautaire. (Politicien – P6)	Humaniser les prisons

Dans une communication qui portait au premier plan sur les peines alternatives, j'ai trouvé une partie où on lit que les droits de la personne devraient s'occuper de l'intensification de l'usage des peines alternatives, pour qu'on puisse les appliquer davantage. Notons que cette augmentation ne s'applique pas au crime de torture ni aux autres crimes considérés « contre l'humanité ».

154	Je pense que la lutte des droits de la personne c'est de qualifier davantage le potentiel des peines alternatives et d'intensifier le débat sur la réforme du système carcéral qui garantisse que celui qui a commis un crime subisse sa peine, mais avec le minimum de dignité que l'être humain mérite. Même si on est sous la protection de l'État. (Militant – M3)	L'usage des peines alternatives

Ce problème de l'humanisation de la prison peut se présenter d'au moins deux façons. Dans un premier cas, ce discours est *entièrement détaché* de tout support ou (tentative de) légitimation des *longues peines d'incarcération* : on revendique l'humanisation de la prison simplement parce que les conditions d'incarcération observées sont considérées comme des atteintes à la dignité humaine ou à la protection des individus incarcérés. Dans ce cas, on serait face à une *coprésence* des droits de la personne avec les théories de la peine, vu qu'elles peuvent se retrouver dans le même espace de référence sans aucun conflit. Néanmoins, comme les droits de la personne ne sont centrés ni sur la justification ni sur la demande de la peine, mais plutôt sur la manière de la faire appliquer, on ne trouverait ni un *attachement strict*, ni une « *unidirectionalité* », ni une *dépendance appréciative.*

Dans un deuxième cas, cette trame discursive est *strictement attachée* à une légitimation des longues peines d'incarcération : on revendique ici, *en même temps*, les peines de longue durée et les droits de la personne en prison. Cette deuxième version, qui est la seule qui apparaît dans cette recherche, se présente sous la forme suivante : « Oui, il faut des peines sévères (ou longues) d'incarcération pour les crimes contre les droits de la personne, mais il faut aussi, *bien sûr*, respecter les droits de l'individu en prison ». Ce « respect » peut ne pas se faire en pratique dans la région où l'individu sera incarcéré ou peut rester simplement comme un « souhait » exprimé dans la trame discursive, mais il apparaît dans la communication pour « concilier » les droits de la personne avec l'exclusion sociale revendiquée par les mêmes droits de la personne. On peut dire qu'il s'agit d'un mécanisme de « confort moral » par ses revendications punitives qui garantissent aux droits de la personne leur image de gardien des opprimés et des moins aisés.

Cette trame discursive, dans la forme indiquée, a pour effet additionnel de *banaliser la dimension temporelle* des sentences d'incarcération, ce que Pires et Garcia (2007) ont appelé le mécanisme de « *temporation de la souffrance-sévérité* ». Par là, ils ont voulu indiquer ce mécanisme créé par la théorie de la dissuasion de Beccaria qui fait la promotion de la « souffrance-sévérité sur la longue durée »[17]. La peine longue d'exclusion apparaît alors comme investie à la fois d'utilité et d'humanisme: c'est humain de faire souffrir *dans la simple durée du temps*.

Et par rapport aux catégories analytiques, vu que cette trame discursive est en fait très proche de la première (a) dans le sens de compter sur des peines longues d'incarcération - ou de les supposer - pour les crimes contre les droits de la personne, je dirais que les 4 catégories sont présentes ici : *coprésence*, *attachement strict*, « *unidirectionalité* » et *dépendance appréciative*.

4.5.4 « Les droits de la personne et le droit criminel comme des espaces sémantiques distincts »

Enfin, la quatrième trame discursive prend une forme qui a déjà été identifiée dans la recherche de Pires et Garcia (2007). Cette trame discursive construit au moins deux « champs sémantiques d'intervention » exclusifs (Pires et Garcia, 2007, 291) : l'un pour les droits de la personne et l'autre pour les théories de la peine favorisant l'exclusion sociale. Dit autrement : le « champ des droits de la personne » est distingué et ne communique pas directement avec le « champ des théories de la peine ».

[17] « Ce n'est pas la sévérité de la peine qui produit le plus d'effet sur l'esprit des hommes, *mais sa durée* »(Beccaria, 1764, § 28 : 49). La sévérité « physique » ou « intense » est rejetée en faveur de la sévérité qui fait souffrir « peu à peu » dans le temps. Celle-ci apparaît alors comme une conquête de l'humanité.

Dans cette trame, chaque « champ » revendique l'affiliation de certaines idées : les droits de la personne, par exemple, s'occuperaient du thème de la « limite maximale » des peines, ce qui inclut la peine de mort et la peine à perpétuité. Tout le reste concernant l'application des peines, en présupposant la conformité avec le droit et la législation, ne fait pas l'objet des droits de la personne, mais du droit criminel. Ainsi, la durée de la peine, par exemple, qu'elle soit de 15, 20 ou 30 ans, ne concernerait plus les droits de la personne, dés qu'elle aurait été appliquée selon les critères juridiques ordinaires (principes de la légalité, dignité humaine, etc.).

155	Je pense que les droits de la personne se préoccupent de la limite maximale des peines. Tu entres difficilement dans la question des droits de la personne lorsqu'il s'agit de peines de 10 ans, 12 ans de prison. Maintenant, la question des droits de la personne passe par la peine de mort, par la prison à perpétuité, ce sont des affaires de droits de la personne. (...) Tout le monde parle des droits de la personne comme les droits des accusés et non des victimes... c'est pour cela que la discussion des droits de la personne réside dans la limite générale de la peine. Une peine de 60 ans de prison, à perpétuité, sont des matières des droits de la personne (Politicien – P8)	Les droits de la personne s'occupent de la limite maximale des peines

Dans cette séparation des thèmes qui appartiendraient à chaque sphère, la réflexion, et donc la critique, sur la durée de la peine sont exclues du domaine des droits de la personne, sauf dans les cas où celle-ci déborde les limites considérées comme « normales ». Alors, si la peine reste à l'intérieur, par exemple, de la limite de 30 ans de prison, telle que prévue par la Constitution brésilienne, ceci n'est pas un sujet des droits de la personne. Pensons maintenant à une situation où un accusé d'un crime considéré comme léger, tel le vol, est condamné à 4 ans de prison (peine maximale prévue pour le crime de vol « simple », d'après l'article 155 du Code criminel brésilien). Si l'on part de la division des champs telle qu'elle est construite, même si on considère cette peine (de 4 ans) trop grave, ceci ne serait pas un sujet de revendications au nom des droits de la personne.

156	Je pense que lorsqu'on limite à 30 ans, on a déjà bien protégé les droits de la personne du condamné. Si le condamné n'est pas torturé, s'il ne reste pas dans des cellules surpeuplées, s'il a droit à des visites plus intimes, s'il a accès aux services d'alimentation et de santé dans le pénitencier, il doit subir sa peine normalement. 30 ans c'est une peine satisfaisante du point de vue de la punition et de la protection de la société (...). (Politicien – P11)	Droits de la personne et la limite maximale des peines

De la même façon que dans l'extrait antérieur, ce passage traite des frontières des deux champs, plus spécifiquement pour délimiter où s'arrêtent les droits de la personne en ce qui concerne les peines. Comme s'il y avait une marque à partir de laquelle ce n'est plus l' « affaire » des droits de la personne ; cette marque serait la limite de 30 ans de prison. Si au moment de déterminer la peine, soit par le juge, soit par le législateur, on se place dans cet intervalle, les droits de la personne seraient déjà « satisfaits ». La question qui vient alors à l'esprit est : pourquoi se contenter de si peu ?

Cette trame discursive distingue alors entre *non respect des droits de la personne/peines d'exclusion autorisées*. Dans ce schéma, les longues peines d'exclusion autorisées par la loi et par les usages courants ne peuvent pas être observées comme des atteintes aux droits de la personne. Il n'existe pas de réflexion critique sur les peines en soi, ou sur leur temporalité. Rappelons que la limite de 30 ans de prison est une règle brésilienne et qu'au Canada, il existe encore des peines à perpétuité, lesquelles peuvent, à leur tour, être parfaitement justifiées au nom des droits de la personne, par exemple en tant qu'alternative « plus humaniste » à la peine de mort.

La prison ainsi, en tant que peine autorisée, ne peut pas être considérée comme une violation des droits de personne, même lorsqu'elle est sévère :

157 | À mon avis, la prison n'est pas une violation des droits de la personne (...) Les droits de la personne du tortionnaire se traduisent par un jugement juste (...) avec cette loi, on n'est pas en train de disqualifier ce processus de jugement juste (...).
(Politicien – P1)

L'importance de la punition semble être tellement enracinée dans la rationalité de ces acteurs qu'ils deviennent aveugles au fait qu'ici il pourrait y avoir, à l'intérieur de la propre punition *légale*, des violations explicites en ce qui concerne la garantie des droits de la personne. D'accord, on garde la prison ; mais la manière dont cette peine est appliquée (telle la durée) ne devrait pas rentrer dans la sphère des « préoccupations » des droits de la personne ? Pourquoi ne questionne-t-on pas les temps d'incarcération ? Comment expliquer que la réduction ou au moins l'imposition de limites à l'extension des peines ne font pas partie d'un agenda politique basé sur la protection des droits de la personne? Pourquoi les droits de la personne ont-ils incorporé dans leur univers de combat uniquement les peines de mort et les peines à caractère perpétuel ? Pourquoi ne questionne-t-on pas la protection de la dignité humaine dans les peines sévères de prison ?

Quant aux catégories analytiques, je soulève le fait que cette trame discursive se distingue des autres justement parce qu'il n'y a pas de *coprésence* des droits de la personne et des théories de la

peine favorisant l'exclusion sociale dans un même champ sémantique d'intervention. Vu que les deux champs n'agissent pas en même temps, c'est-à-dire que la présence de l'un exclut la présence de l'autre, les théories de la peine finissent par ne pas partager le même espace avec les droits de la personne. Ceci implique, par ailleurs, que les droits de la personne ne vont pas affronter ou questionner les théories de la peine : ils vont plutôt les tolérer, en acceptant, par exemple, la façon de justifier les décisions concernant les peines des théories de la dissuasion ou même de la rétribution (Pires et Garcia, 2007).

Il n'y a pas non plus un *attachement strict* des droits de la personne aux théories de la peine ni un vecteur *unidirectionnel* allant des droits de la personne vers les théories de la peine, ni une *dépendance appréciative* : les droits de la personne « se retirent », pour ainsi dire, du champ des « théories de la peine » institutionnalisées par le droit criminel et par le politique, et ce même si ces théories favorisent l'exclusion sociale sévère.

4.6 Le paradoxe et les droits de personne

Hannah Arendt, en faisant référence au jugement d'Eichmann, à Jérusalem, après la Seconde Guerre mondiale, disait que : « Il n'y a pas de règles pour ce qui est sans précédent » (Arendt, 1963, cité dans Allard, 2004: 205). Je veux attirer ici l'attention sur le fait que dans le domaine des droits de la personne, les situations vues comme graves et inusitées peuvent relativiser le compromis avec les règles formelles, comme dans le cas du jugement d'Eichmann, ou encore, comme dans le cas empirique de ma recherche, avec la cohérence du discours. Autrement dit, ces situations peuvent relativiser la cohérence (idéologique) entre la motivation et l'idée défendue.

Dans le jugement d'Adolf Eichmann, Hannah Arendt nous rappelle la série de problèmes d'ordre légal et moral qui se présentèrent. J'en cite quelques-uns : 1) on discutait de la compétence de la cour d'Israël pour juger un Allemand qui avait commis des crimes en Allemagne ; 2) on objectait le fait pour Eichmann d'être jugé à partir d'une loi rétroactive, c'est-à-dire qui n'existait pas au moment de la perpétration des actes délictueux ; 3) on soulevait qu'Eichmann était accusé de crimes « contre le peuple juif » et non de crimes « contre l'humanité », comme il devrait l'être. Dans ce dernier cas, il devrait être jugé par un tribunal international et non une Cour israélienne.

En dépit de la reconnaissance de ce type de problèmes, le jugement eut lieu sans qu'il n'y ait quelque type de revendication ou de dénonciation concernant les violations des droits fondamentaux

(dans ce cas, de l'accusé). Au contraire, les défenseurs des droits de la personne célébrèrent fortement la condamnation d'Eichmann. Arendt va dire que les juges de tous les cas des massacres ordonnés par l'État ont prononcé des sentences exclusivement sur la base des actes monstrueux en soi, et non des paramètres et concepts légaux sur lesquels ils justifiaient leurs décisions (Arendt, 2000 : 317). En plus, d'après Arendt, les juges auraient ajouté ce qui suit à leur sentence condamnant l'accusé : « (...) Vu que tu as appuyé et exécuté une politique de ne pas partager la Terre avec le peuple juif et avec le peuple d'autres nations (...), nous considérons que personne, c'est-à-dire aucun membre de la race humaine, ne va vouloir partager la Terre avec toi. Celle-ci est la raison et la seule raison pour laquelle tu dois mourir par pendaison » (Arendt, 2000 : 302, c'est moi qui traduis).

Ainsi, au nom des droits de la personne (dans ce cas le droit à la vie des Juifs), on ignore les irrégularités existant dans le procès et on assume ainsi la responsabilité des violations qui en découlent (par exemple la violation du droit fondamental à un procès équitable (*right to a due process*). Je veux donc souligner l'existence des deux faces du discours des droits de la personne : une face émancipatrice des garanties et des droits individuels et collectifs et une face limitatrice de ces mêmes droits. Comme si les droits de la personne même combinaient une fonction « bouclier » et une fonction « épée » des garanties fondamentales, cette dernière à travers une association avec le droit criminel (Cartuyvels, 2006 : 24).

Prenons, à titre d'exemple, le principe de la non rétroactivité, garanti par la *Déclaration universelle des droits de l'homme* : « Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment ou l'acte délictueux a été commis » (Article XI, 2 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*).

Néanmoins, les droits de la personne peuvent eux-mêmes limiter cette garantie, apparemment universelle, au nom de la dignité humaine (Allard, 2004: 191). En vue, entre autres, de garantir la punition des « crimes contre l'humanité » la *Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre*, en vigueur depuis le 25 janvier 1974, a déterminé l'annulation de la figure juridique de la prescription pour certains crimes considérés comme étant contre les droits de la personne:

> **Article 1**. Tout État contractant s'engage à prendre les mesures nécessaires afin que la prescription soit inapplicable à la poursuite des infractions suivantes et à

> l'exécution des peines prononcées pour de telles infractions, pour autant qu'elles sont punissables dans sa législation nationale:
>
> 1. les crimes contre l'humanité prévus par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée le 9 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies; etc.

La remise en question du principe de la non rétroactivité (Cartuyvels, 2006 : 35) peut être illustré avec le cas Barbie (Allard, 2004) : Klaus Barbie était un agent allemand nazi qui fut responsable de la mort de milliers de personnes durant la Guerre, y compris de Juifs et de membres de la résistance française. Il a été jugé à Lyon, en 1987, condamné à une peine à perpétuité pour avoir commis des crimes contre l'humanité. Au cours de son procès, au nom des droits de la personne, il a tenté de faire valoir le fait que la loi de 1974, sur l'imprescriptibilité, a été postérieure aux faits, de sorte que les crimes qu'il avait commis étaient déjà prescrits. La Cour a simplement ignoré cet argument : « les atrocités dont Barbie s'était montré responsable étaient telles qu'elles ont prévalu non seulement sur la prescription de droit commun (...), mais également sur le principe de non rétroactivité » (Allard, 2004 : 191) en ce qui concerne la prohibition de l'application d'une peine plus forte que celle qui était applicable au moment de la commission de l'acte délictueux.

Face à ce détournement du principe de non rétroactivité dans de grands procès pour crimes contre l'humanité, la question qui se pose est jusqu'où peut-on aller pour protéger les droits de la personne à travers le droit criminel?

Revenons maintenant sur la question des peines pour le crime de torture. Dans la sphère exclusive des idées sur les peines, on peut dire qu'aux yeux des « humanistes » « tout vaut » pour les gens qui torturent. Comme on est sur le plan des idées, on parle ainsi d'une *inconsistance cognitive*, c'est-à-dire où les paramètres qui servaient auparavant ne servent simplement plus et où on entre dans une autre logique de punition à partir d'une justification du type « ce cas est différent » ou « cet individu est spécialement mauvais ». Bien entendu, quand je parle d'une *inconsistance cognitive,* ceci n'implique pas que les « humanistes » vont, par exemple, défendre toutes sortes de punitions, différentes de celles qui existent, en dehors des normes légales. Il faudrait un autre type d'observation empirique pour affirmer une telle chose. Mon objectif ici est exclusivement de mettre l'accent sur le fait que, sur le plan des idées, il n'existe pas de cohérence interne dans le *discours* sur la punition tenu par les défenseurs des droits de la personne. La discussion ici ne porte pas sur le fait de savoir si la torture est un crime plus ou moins grave, ni même de déterminer une peine idéale à partir du critère de la souffrance. Le problème est plutôt celui de l'utilisation de deux logiques distinctes, basée sur

une dangereuse justification où certains comportements sont « différents » des autres, de sorte que les auteurs desdits comportements ne peuvent pas entrer dans la logique protectrice humaniste.

C'est comme si face à la torture, la logique « humaniste » conventionnelle sur la punition ne pouvait plus être appliquée parce que le crime lui-même échappe à la capacité de compréhension d'un homme rationnel « normal ». De la même façon que la communauté internationale a estimé que les crimes liés au nazisme ne pouvaient pas être jugés à partir des catégories préalables du droit pénal, les militants des droits de la personne croient que la torture ne peut pas être punie avec les critères « normaux » d'un droit pénal considéré comme plus ou moins humaniste.

158	Il est possible d'imaginer une négociation des limites de la violence et des façons de punir ceux qui dépassent ces limites. Mais utiliser la torture pour obtenir une confession à l'intérieur d'un poste de police, ceci est un barbarisme réglé par la loi. Inadmissible... Alors, qu'est-ce qu'on fait avec le tortionnaire dans un tel cas ? C'est difficile de tracer les limites, parce que ceci est véritablement un abus. (Militant – M5)	L'absence de limites

À mon avis, on fait face ici au plus grand paradoxe qui a envahi le discours des droits de la personne dans le cas de la création de la loi contre la torture: il actualise un type de pensée qui, dans d'autres situations, serait ouvertement combattu. Le problème me semble ainsi être plus large que la constatation d'un étonnement face à une demande qui est faite par des « humanistes » d'une punition *sévère*. Le problème auquel je fais référence concerne plutôt la sérénité avec laquelle on admet une sphère du « tout est possible » lorsqu'on est face à certains crimes (*crimes contre l'humanité*). Et en ce qui a trait à une logique de la pensée sur les peines, cela signifie que l'on ne suit plus les règles de cohérence qui structurent le discours « humaniste ».

Il me semble que lorsqu'on observe l'idée de punition afflictive liée aux droits de la personne, on est face à une situation d'association *conjoncturelle* d'idées. Ceci relativise davantage la combinaison qui se fait entre les droits de la personne et les théories de la peine : il s'agit ainsi d'une possibilité parmi d'autres.

En effet, l'association d'idées pourrait être tout à fait différente. Disons que la politique aurait pu construire un discours « combiné » en rapprochant les droits de la personne avec le droit civil et, au lieu de demander des peines carcérales, on pourrait demander la réparation civile aux victimes. Ceci ne veut pas dire qu'aucune condamnation criminelle ne serait prononcée: cela signifie

qu' « au nom des droits de la personne », la demande irait dans le sens de la réparation civile ou encore de la réclamation du pardon public. Pourquoi pas ? Et la condamnation criminelle pourrait même avoir lieu, mais cela « au nom du droit criminel » (qu'il symbolise la réalisation de la justice ou la nécessité de prévention des crimes).

La question est alors : pourquoi ces combinaisons alternatives n'ont-elles pas lieu, du moins plus fréquemment? Pourquoi les « mobilisateurs » (les législateurs, les mouvements sociaux, le judiciaire, etc.) des droits de la personne ne semblent-ils pas être ouverts à d'autres possibilités d'association, autres que le droit criminel avec son idée de punition du XVIIIe siècle? Il me paraît qu'on touche ici encore une fois au problème de la (ou du manque de) « liberté cognitive », traité plus tôt dans ce chapitre. Comme je le disais, le manque de recul par rapport aux communications que les individus émettent les empêche de faire une critique de ce qu'ils sont en train de communiquer.

Autrement dit, ils reproduisent les mêmes associations d'idées qui leur sont arrivées, sans se rendre compte du type d'actualisation qu'ils sont en train d'opérer. C'est justement le cas du discours des droits de la personne associé aux théories de la peine : une telle association devient si naturelle qu'on n'est pas capable de voir que c'est une sélection qu'on fait *parmi d'autres possibilités*. Et le plus gros problème qui ressort de cette association, pour les droits de la personne, est le fait d'utiliser la même logique de punition des théories de la peine ainsi que le même concept de *punition* (qui comprend l'imposition de la souffrance, l'exclusion sociale, etc.).

CONCLUSION

Certains problèmes de la torture au Brésil ne semblent pas être résolus 11 ans après la promulgation de la loi 9544/97, qui a transformé la torture en crime. Les articles des médias et de la doctrine juridique que j'ai recueillis ainsi que les entretiens que j'ai réalisés rendent compte notamment d'insatisfactions à cet égard. En effet, la loi contre la torture au Brésil n'a pas donné lieu à beaucoup de condamnations. Un tel sujet suscite évidemment des questions de toutes sortes, telles l'identification des mécanismes responsables de la sous-utilisation de la loi par les tribunaux, la réflexion sur les obstacles institutionnels qui se dressent devant les tentatives de rapporter les cas de torture « à la police », l'analyse de la construction d'une apparente « tolérance » de la population envers la pratique de la torture, etc.

Comme je le disais dans l'introduction de cette thèse, la contribution que j'ai voulu apporter en abordant un thème aussi complexe n'est point celle de chercher les causes de l'existence d'actes de torture au Brésil ou de trouver les explications à l'impunité des auteurs de ces pratiques en raison de ce qui semble pouvoir être interprété comme un signe de laxisme des tribunaux. Mon principal objectif fut plutôt celui de développer une réflexion sur les décisions politiques concernant les peines et sur les difficultés du raisonnement politique d'échapper à un cadre cognitif établi depuis deux siècles et qui n'offre qu'une orientation répressive à l'égard de la sanction. Le défi additionnel qui se pose aux politiciens et aux militants dans un cas comme celui de la loi contre la torture est le suivant : comment penser, hors du cadre cognitif donné par la rationalité pénale moderne, à des solutions qui reflètent la gravité de l'acte « institutionnalisé » de la torture? En effet, le sentiment d'horreur que la torture suscite ne doit pas nous empêcher de penser de manière alternative, notamment en matière de peines; il ne doit pas nous empêcher de reconnaître que le fait d'avoir des peines prévues dans la législation ne résout pas le problème, mais au contraire, il ouvre grande la porte à des distorsions sérieuses dans les domaines où lesdites peines risquent d'être *effectivement* appliquées (rappelons que les médias nous annoncent très souvent que le nombre de condamnations des nounous est relativement plus élevé que celui des policiers). Bref, l'aversion pour la pratique de la torture ne doit pas nous empêcher de voir que la peine d'incarcération de longue durée demeure toujours un remède trop simpliste lorsque appliqué à des cas complexes comme celui de la torture au Brésil.

Bien que l'on puisse trouver, dans certaines communications émises lors des entretiens, une ouverture embryonnaire à d'autres solutions que celles valorisées par la rationalité pénale moderne, force est de constater que, à une exception près, ces communications n'arrivent pas à échapper à certains postulats centraux de ce système d'idées. Quoi qu'il en soit, mon projet ne fut jamais celui de développer une réflexion sur l'éventail des réponses alternatives à la prison pour le crime de torture. Mon objectif dans cette recherche fut plutôt de bien identifier, dans les communications politiques, quelques problèmes, voire des pièges, générés par leur actualisation de la *rationalité pénale moderne*. Et une fois les pièges identifiés, nous serons capables de mieux surveiller nos actes dans le futur et devenir plus aptes à construire un système de droit criminel plus complexe, plus adapté aux besoins actuels et, sans doute, plus humaniste.

Pour ce qui est des observations faites dans cette étude sur l'actualisation d'un système d'idées (la rationalité pénale moderne) par le système politique, j'en suis arrivée à deux conclusions ou à deux « thèses majeures ».

La première est que les *idées* sur les peines finissent par être obnubilées par les *motivations* et que ce fait empêche les politiciens (progressistes et conservateurs) d'avoir un regard critique ou au moins réflexif sur les peines qu'ils proposent. Cette constatation renvoie à d'autres observations aussi importantes, bien que moins générales, telles que : (1) le mécanisme qui met les idées sur la peine dans la zone ombragée du champ de vision de l'observateur est le même tant pour les progressistes que pour les conservateurs; (2) le fait d'être situé à gauche (ou du côté *progressiste* de la distinction) ne garantit pas une position moins punitive à l'égard des peines; (3) l'écart entre les *idées* communiquées sur les peines et les *autoportraits* des politiciens n'entraîne aucune « crise d'identité » politique, ni chez les conservateurs, ni chez les progressistes; et finalement (4) le rapport de cohérence entre *(auto) portraits* d'un côté et *idées* de l'autre n'est pas stable, au sens où il ne compte pas sur une « consistance cognitive ».

La deuxième « thèse majeure » est un dédoublement de la première et concerne plutôt les *progressistes* et leur manière de mobiliser la trame discursive des droits de la personne. La conclusion à cet égard est que les progressistes, lors des communications politiques, opèrent un couplage entre les théories de la peine et les droits de la personne. Le résultat est que les droits de la personne sont plutôt mis « au service » des théories de la peine au lieu d'être utilisés pour questionner la conception de la peine que lesdites théories véhiculent. Les progressistes perdent ainsi l'opportunité d'utiliser les droits de la personne pour rendre la peine effectivement plus humaniste.

Je vais présenter la suite de cette conclusion en deux parties : dans un premier temps, je vais reprendre quelques points saillants de la construction du problème de la criminalisation de la torture; dans un deuxième temps, je vais soulever les idées principales qui sont apparues dans les chapitres d'analyse et qui m'ont aidée à formuler les conclusions (mentionnées ci-dessus) que j'ai qualifiées de « majeures ».

1. Le premier point que j'ai développé concerne donc la manière dont a été construit le problème de la criminalisation de la torture. Tout d'abord, il faut rappeler l'existence de deux discours structurés sur la torture, c'est-à-dire deux discours généralisés, relativement solides et qui arrivent à intégrer des politiques d'État : l'un qui se définit contre la torture et l'autre qui la justifie dans certaines situations. Dans le cas du Brésil, ces situations se produisent, par exemple, lors de certaines enquêtes policières où l'accusé, pour une raison quelconque, ne veut pas « collaborer ».

Autrement dit, ce n'est pas parce que la torture est interdite dans certains documents juridiques ou condamnée moralement par plusieurs groupes de militants, politiciens ou juristes, qu'on peut toute de suite tenir pour acquis qu'elle n'existe que dans un discours marginalisé et est pratiquée en cachette par des policiers particulièrement violents. Il faut ainsi reconnaître que la persistance de la pratique de la torture compte sur un discours structuré, un discours « des autorités » qui soutiennent encore une telle violence dans les démocraties.

Du point de vue du discours qui délégitime la torture, qui est à la base de la construction du problème de la criminalisation de la torture, on trouve un aspect important dans les communications des médias et des militants des droits de la personne. Il s'agit de la formulation de critiques à l'État démocratique actuel et à son incapacité de résoudre le problème de la torture après la fin de la dictature. J'ai observé dans ces communications la construction d'un rapport entre *dictature* et *torture*, ainsi qu'entre *démocratie* et *inexistence de la torture* (ou respect des droits de la personne).

Cette manière d'observer les faits entraîne un « point aveugle » dans l'observation, qui empêche celui qui observe, par exemple un militant des droits de la personne, de prendre en compte que la démocratie au Brésil a toujours coexisté avec la torture, y compris pendant la période démocratique avant la dictature de 1964, et donc que le changement de régime politique en tant que tel ne peut pas être vu ou attendu comme la solution du problème. Le point aveugle inclut aussi des affirmations comme celle que la torture n'est pas une « politique officielle » ou une « politique d'État » dans la démocratie actuelle, comme elle l'était pendant la dictature. Encore une fois, il y a ici

un problème d'observation, car même durant la dictature, elle n'a pas été une pratique endossée officiellement, bien que toujours présente dans le cadre des actions policières. Bien qu'il existe plusieurs politiciens opposés à l'action policière violente, l'utilisation de la torture dans les postes de police a lieu normalement avec l'acceptation ou même avec l'appui des autorités responsables de la sécurité publique. Le ton de « surprise » qu'on trouve dans plusieurs articles de journaux illustre le maintien de cette expectative naïve que la fin de la période militaire signifierait la fin de la pratique de la torture dans les postes de police et dans les prisons.

Dans les communications présentes dans mes trois types de documents (médias, doctrine juridique et documents parlementaires) ainsi que dans mes entretiens, la torture est vue comme un « problème à résoudre ». Et sa criminalisation a été vue comme la solution première, bien que non la seule, au problème de la persistance de cette pratique. Je peux dire que la presque totalité des communications analysées soutenaient une position favorable à la création d'une loi spécifique contre la torture. Bien sûr, certaines communications comprenaient des suggestions ou des idées à propos d'autres mesures (à part la définition du crime) à considérer pour aborder le problème de la torture au Brésil, mais aucune d'entre elles n'écartait la création d'un crime spécifique de torture. Autrement dit, à côté des mesures sociales, éducatives, de santé publique, etc., qui auraient pu être adoptées, le recours au droit pénal et plus spécifiquement à la prison n'a jamais été laissé de côté ou minimalement marginalisé.

La seule communication où l'on trouve une opposition à la création de la loi a été trouvée dans une entrevue réalisée auprès d'un politicien (un député fédéral) qui «s'auto-observe» comme de droite et qui pense que la violence pratiquée contre les accusés par la police ne devrait pas être considérée comme de la « torture ». D'ailleurs, selon lui, l'utilisation de la force physique pour obtenir des confessions des accusés, par exemple, n'est pas un problème, mais plutôt une caractéristique du métier. Ce cas ne renvoie donc pas au fait d'être contre la solution trouvée au problème de la torture, mais plutôt de ne pas considérer la torture comme un problème en soi.

2. On arrive ainsi au deuxième point, qui porte directement sur la question de savoir comment la rationalité pénale fut actualisée dans les communications politiques concernant la création de la loi contre la torture.

Pour commencer, rappelons que l'actualisation de la *rationalité pénale moderne* fut observée dans tous les types de données de mon corpus empirique, c'est-à-dire autant dans les documents que

dans les entrevues. Et en ce qui concerne les documents, elle a été observée dans les communications du système politique (projets de lois et débats parlementaires), mais aussi dans les documents contenant des communications du système de droit (articles de la doctrine juridique) et dans les documents des médias (articles des journaux et des revues d'actualité). La première question a été alors de savoir quelles sont les similitudes et les différences entre les reproductions du même système de pensée dans les communications de ces divers systèmes sociaux.

En ce qui concerne les médias, la demande de création du crime de torture est souvent associée à l'idée de « lacune législative », comme si le problème de la persistance de la torture était la conséquence d'une faille du Parlement qui n'a pas « fait son travail » de créer une loi spécifique pour criminaliser la torture. La doctrine juridique contient aussi des communications revendiquant la création du crime, pour que le droit (pénal) puisse traiter « adéquatement » du problème. Comment la rationalité pénale moderne est-elle observable dans ces types de communication?

Pour y répondre, il fallait analyser davantage le sens de la criminalisation, c'est-à-dire les raisons d'une telle demande, ainsi que les objectifs visés et les conséquences envisagées pour la transformation de la torture en crime. J'ai fait alors une distinction entre deux sens possibles qui entourent la criminalisation : l'un qui vise la réprobation et un autre qui vise la répression. Dans le premier cas, le but de la criminalisation est de rendre notoire l'interdit, tandis que dans le deuxième, le regard est plutôt dirigé vers les effets de la punition. Pour ce qui est de la répression, dans plusieurs extraits de mon corpus empirique, y compris dans les documents du système des médias et du système juridique, on lit clairement que la criminalisation de la torture était directement liée à l'idée de sanctionner sévèrement le comportement. Autrement dit, la demande de criminalisation de la torture était directement associée à la demande de l'application d'une peine sévère d'exclusion sociale, soit pour dissuader, soit pour rétribuer, soit encore pour dénoncer le comportement. Bref, à partir de la perspective de la « répression », les justifications à la criminalisation de la torture ont été construites à partir des lentilles des théories modernes de la peine.

Toutefois, j'ai aussi observé une sorte de paradoxe dans les justifications des demandes pour la création du crime de torture: les mêmes communications qui soutenaient la criminalisation de la torture manifestaient expressément que si on veut véritablement en finir avec la torture, la création du crime ne peut pas être considéré comme la seule réponse au problème. D'après ces communications, il faut d'autres mécanismes, non pénaux, qui soient plus utiles ou plus efficaces pour aborder le problème. Comment expliquer alors que l'on revienne avec insistance sur la création du crime si

celle-ci n'est pas, d'après plusieurs communications, la meilleure solution à adopter? Et de plus, comment expliquer qu'on ne trouve dans les communications aucun questionnement profond quant à l'adéquation de la criminalisation par rapport à d'autres solutions? L'hypothèse que je soulève à cet égard est que les communications ne séparent pas clairement les deux types d'attentes (la réprobation et la répression du crime) quant aux effets venants de la création de la loi. Ainsi, même si on a peu d'espoir de régler effectivement le problème avec la création du crime (à travers l'effet dissuasif de la peine, par exemple), on peut garder quand même l'expectative que le crime va bien exprimer la contrariété de la société devant tel comportement. Le résultat final de ce « mélange » d'expectatives est qu'on donne moins d'attention à d'autres mécanismes qui ne passent pas par le pénal, puisque, en fin de compte, si la création d'un crime ne comble pas une attente, elle en comblera une autre.

Un indice que les attentes relatives aux conséquences de la création du crime sont effectivement mélangées est la réaction observée d'étonnement, d'indignation face à la constatation qu'après quelques années de la criminalisation de la torture, le problème est loin d'être réglé. Néanmoins, aucun des univers discursifs que j'ai analysés n'a mis en question le type de solution trouvée : au contraire, ils vont plutôt trouver des explications ailleurs, notamment la sous-utilisation de la loi par les tribunaux. Ainsi, même si la loi n'a pas été efficace pour résoudre le problème, l'attente de dénoncer la répudiation de la torture a été au moins comblée. De toute façon, la faute, s'il y en a une, n'est pas attribuée au type de solution trouvée.

Les tribunaux et les juges apparaissent ainsi, aux yeux des médias ainsi que des militants ou des politiciens qui se sont manifestés dans les médias, comme les grands responsables de l'échec de la loi contre la torture. J'ai qualifié cette tendance de « phénomène d'attribution de responsabilité » au fonctionnement de la justice. Rappelons néanmoins qu'avant la promulgation de la loi, les médias, ainsi que les juristes et les militants des droits de la personne accusaient le pouvoir législatif de ne pas avoir « fait son travail » de créer une loi spécifique contre la torture, d'où la multiplication des cas de torture. Ce sont les politiciens, ainsi que les militants et les médias qui vont blâmer les tribunaux (et les juges) de ne pas s'attaquer au problème de façon sérieuse. J'ai observé une sorte d'« exportation du problème » vers d'autres sphères ce qui, parmi d'autres choses, neutralise le compromis de faire une autocritique de leurs propres responsabilités face au problème.

Outre l'inertie associée à l'incompétence des juges dans l'application de la loi, les communications indiquent aussi une deuxième cause qui expliquerait l'échec de la loi dans la diminution des cas de torture. Il s'agit du fait qu'il y aurait une acceptation diffuse de la pratique de

torture (spécialement dans le contexte des enquêtes policières) par les Brésiliens en général. Or, même si on accepte l'existence d'un telle acceptation de la torture par la population, il faut souligner que ceci n'oblige pas nécessairement les organisations (comme la police, les tribunaux, ou le Parlement) à suivre l' « opinion populaire ». Sinon il faudrait dire que les organisations n'ont pas une façon à elles de penser, d'établir leurs critères de décision, de gérer et d' « acculturer » leurs membres selon leur dynamique interne et leurs règles de fonctionnement. Parfois, il peut exister une « coïncidence » entre l'opinion « populaire » et la manière d'agir de l'organisation, comme cela semble être le cas de la pratique de la torture au Brésil. Or, ceci ne veut pas dire qu'il ne soit pas possible de changer l'attitude de la police en dépit du fait que la population approuve implicitement une telle pratique.

Comme pour toutes les autres données, les textes de la doctrine juridique analysés ici sont, pour la plus grande partie, très favorables à la création de la loi, en dépit des problèmes techniques (juridiques) que la loi peut contenir. Le point le plus remarquable de ces communications (juridiques) sur la pertinence de la création de la loi contre la torture est le recours fréquent à l'idée de dissuasion à travers l'application d'une peine sévère. Ce recours a été utilisé normalement pour justifier le nouveau crime et la peine correspondante, sans se demander si l'effet dissuasif que la loi devait contenir était effectivement en train de générer des fruits concrets. Autrement dit, la doctrine juridique n'offre aucun élément de réflexion pour un questionnement de fond sur la pertinence ou sur l'utilité de la loi. Au contraire, ils terminent par confirmer l'importance du droit criminel pour gérer la question, en neutralisant les façons alternatives de réfléchir au problème.

Quant aux projets de loi présentés soit pour faire de la torture un crime (avant 1997), soit pour modifier la loi contre la torture, déjà existante (projets de loi présentés après 1997), on peut identifier l'actualisation de la *rationalité pénale moderne* surtout à travers l'attribution, dans la grande majorité des projets, de peines sévères d'exclusion sociale pour le crime de torture. En ce qui concerne les projets avant 1997, cette tendance est facilement observable: les peines suggérées pour le « crime de torture » sont spécialement dures comparativement aux peines existantes dans la législation criminelle brésilienne. En effet, la plupart des projets proposent des peines d'au moins 12 à 30 ans de prison pour les cas de torture suivie de la mort.

Pour les projets de loi présentés après 1997, la question de la sévérité de la peine apparaît aussi, mais maintenant à travers la question de la punition de la torture contre les enfants. Certains projets visent à modifier la loi existante contre la torture sous l'argument d'« égaliser » la sévérité des

peines pour crime de torture - suivie de la mort - contre les enfants par rapport à l'échelle de gravité de la législation pénale. Rappelons que la loi contre la torture a modifié la peine existante pour le crime de torture pratiquée contre les enfants, dont une des conséquences a été la diminution de la peine pour la torture suivie de la mort. Toutes les autres modalités de torture contre les enfants eurent leurs peines augmentées par ladite loi. Autrement dit, à partir de paramètres toujours supérieurs (des peines plus graves), l'argument de ces projets semble être celui de rendre la législation plus « équitable» ou plus « juste ». Les rares réflexions qui sont apparues dans les justifications des projets portant sur l'importance de limiter les peines sévères n'ont pas été assez fortes pour empêcher une demande de plus de prison. Et ici on voit la pertinence de l'affirmation de Foucault (1976) lorsqu'il dit que la prison est donnée toujours comme son propre remède : vu qu'on n'est pas capable de penser à quelque chose d'autre pour la remplacer, on continue à utiliser la prison comme réponse prioritaire.

L'observation des justifications formulées par les politiciens aux projets de loi ayant comme but la criminalisation de la torture (avant 1997) m'a amenée à penser à l'idée d'un « vocabulaire de motifs » (Mills, 1940) concernant les sanctions criminelles. Les deux justifications centrales des projets ont été soit la dissuasion du criminel au moyen d'une peine sévère, soit le perfectionnement du système de protection des droits de la personne (au moyen autant d'une définition du crime plus appropriée que de l'aggravation de la peine correspondante). Ces arguments sont considérés comme politiquement adéquats ou rationnels pour la justification de la création d'un crime, en intégrant le « champ de pertinence » de la production législative en matière criminelle. Toutefois, il est clair que le jugement quant à leur « pertinence » dépend du point de vue qu'on adopte : dans le cas ici considéré, le point de vue semble être celui des théories de la peine, notamment de la théorie de la dissuasion. Si l'on n'y croyait pas ou ne la tenait pas pour acquise, aucun des arguments utilisés dans ces projets n'aurait pu être considéré comme politiquement « pertinent » ou légitime.

Un regard sur l'ensemble des projets de loi et leurs justifications me suggère que l'identification politique « droite » et « gauche » ne donne pas de résultats clairs relativement à la production pénale en ce qui concerne une orientation plus ou moins répressive au chapitre des peines. Comme nous le montrent les tableaux 3.5 et 3.6, la demande de plus de sévérité des peines ou d'une loi plus rigoureuse dans d'autres aspects n'est l'exclusivité d'aucun parti politique ni des groupes politiques identifiés à la « droite » ou à la « gauche ». Autrement dit, tant les partis de gauche que ceux de droite vont proposer la création du crime de torture suivi de peines sévères ou encore la modification de la loi de 1997 pour la rendre encore plus dure.

Le cas du crime de torture contient certaines spécificités qui ont généré des situations inattendues. Le seul projet de loi qui ne contenait pas de demandes pour l'endurcissement de la législation sur la torture fut proposé par la droite. Il s'agit d'un projet qui voulait exclure la démission automatique du policier qui pratique la torture. Ce projet contient une question qui revient souvent dans le cas de la création de la loi contre la torture en ce qui a trait à la relation droite/gauche et idées conservatrices/progressistes sur les peines. Dans la justification du projet, on lit l'intention de protéger le policier, y compris dans les situations où il emploie de la violence. Autrement dit, on trouve dans ce projet une ouverture à l'usage de la torture qu'on ne trouve pas ailleurs, dans d'autres projets. Néanmoins, cette motivation conservatrice (garantir l'utilisation de moyens violents, en cas de nécessité, lors des investigations policières) même si elle est hautement condamnable, ne neutralise pas le fait qu'il s'agit d'idées « progressistes » *quant aux peines* (et non de motivations) et ce, dans le sens de complexifier la sanction, en remplaçant la réponse uniforme à tous les cas (la démission automatique) par une réponse plus nuancée, qui considère les aspects particulier du cas. Bref, on est face à une proposition de la droite qui contient des suggestions « progressistes » en matière de peine, même si les motivations ne sont pas, elles, « progressistes » ou considérées comme légitimes par ceux situés plus à gauche.

En fin de compte, dans les documents analysés, j'ai observé un processus de définition d'un problème, d'identification de sa solution et d'un mécontentement par rapport aux résultats obtenus. Et à aucun moment ce mécontentement a donné lieu à un questionnement de la solution trouvée. Au contraire, on reste coincé dans une manière rigide de penser la relation entre le crime et la peine ; de plus, les critiques dirigées à l'égard de la loi ou de son application ne prennent pas en compte son utilité ou sa nécessité.

J'ai traité plus en détail, dans la partie de l'analyse qui porte sur les entretiens, de la question de la relation entre l'identité politique (conservateur ou progressiste, que j'ai appelé *(auto) portrait*), les raisons données pour la criminalisation (*idées-motivation*) et les manières ou les moyens de faire ou de résoudre le problème (*idées-moyen*) Dans cette partie, j'ai continué mon observation sur l'actualisation de la *rationalité pénale moderne* par le système politique, mais j'y ai dégagé d'autres points qui n'apparaissaient pas nécessairement dans les communications des documents.

J'ai utilisé les catégories *(auto) portrait*, *motivation* et *idée* pour réfléchir sur la manière dont les interviewés ont employé une distinction qui sert à les (auto) classifier dans l'univers des identités

politiques : il s'agit de la distinction *conservateur/progressiste* (ou *droite/gauche*). J'ai observé que cette distinction a été employée pour qualifier plusieurs choses différentes, que j'ai identifiées avec les catégories analytiques mentionnées ci-dessus. Ainsi, j'ai trouvé des *(auto) portraits* conservateurs et progressistes, des *motivations* conservatrices ou progressistes et des *idées* sur la peine conservatrices ou progressistes.

En partant des mes données, une idée sur la peine est considérée comme *conservatrice* lorsqu'elle valorise les réponses «réactives-punitives» (et non les mesures sociales préventives), ainsi que l'usage prioritaire de la peine de prison la plus longue possible. Par ailleurs, les *idées* sont considérées comme *progressistes* si elles priorisent les réponses «pro-actives» (les mesures sociales préventives), la défense des peines de prison les moins sévères possibles, ainsi que les programmes de réhabilitation dans les prisons.

Lorsqu'il s'agit de la peine pour le crime de torture, les manières d'observer les *idées* changent considérablement. D'après les entretiens, un politicien considéré comme *conservateur* appuierait l'idée de peines moins lourdes de prison (*idée progressiste)*, tandis que les *progressistes* seraient pour la proposition de peines très lourdes de prison (*idée conservatrice*). En ce qui concerne les *motivations*, celles considérées comme *conservatrices* proposent la non limitation absolue de l'action violente de la police, tandis que celles *progressistes* voudraient la diminution de la violence policière et la protection de la dignité humaine. On est ainsi face aux *situations de paradoxe* centrales de la recherche. En effet, on est en présence d'une combinaison où un politicien de la gauche ou un militant des droits de la personne (un (auto) portrait *progressiste*) va, au nom de la protection des accusés contre la violence de la police (motivation *progressiste*), défendre des peines sévères de prison (idée *conservatrice*).

Bien que moins fréquent dans ma recherche, le cas contraire (un (*auto*) *portrait conservateur*) avec une *idée progressiste* a été aussi présent. Il s'agit de la situation où un politicien de la droite soutenait qu'il fallait ne pas trop limiter l'action de la police et, pour cette raison (*motivation*), défendait la flexibilité des peines ou la réduction des peines de prison (*idée progressiste*).

Il faut noter néanmoins que l'expression « situations de paradoxe » ne renvoie pas à une observation d'ordre normatif, mais il s'agit tout simplement d'une manière de décrire ce que j'observe. L'emploi ici du mot « paradoxe » *ne veut pas suggérer* que les progressistes (ou les

conservateurs) devraient penser d'une manière différente ou « non paradoxale ». L'appellation « situation de paradoxe » a été choisie pour *indiquer* qu'il y a une contradiction dans la manière de présenter ou organiser les idées. Si cette contradiction est pertinente ou non, normale ou non, utile ou non, ceci est toute une autre discussion.

De ces *situations de paradoxes* ressort l'observation la plus importante de l'application de la distinction *conservateur/progressiste* aux catégories mentionnées: les motivations ne garantissent pas la qualité des idées politiques quant aux peines. Autrement dit, une *motivation progressiste*, comme la protection des droits de la personne, peut parfaitement être associée à une *idée conservatrice* sur les peines, comme la proposition d'un endurcissement de la peine de prison. Néanmoins, les *motivations* sont normalement cohérentes avec l'(*auto*) *portrait* des personnes, c'est-à-dire que les politiciens qui «s'auto-observent» comme *progressistes* ont normalement des motivations *progressistes* ou *indifférenciées* et, par ailleurs, les politiciens *conservateurs* ont des motivations *conservatrices* ou *indifférenciées*. Rappelons, comme je l'ai dit au début du chapitre IV, que la plupart des données qui j'ai recueillies font référence à des politiciens de la gauche, de sorte que la perspective des conservateurs est plutôt donnée par la manière dont les progressistes construisent, eux, la vision des conservateurs, même si cela est confirmé par les communications (moins nombreuses) véhiculées par les conservateurs.

La piste analytique du glissement entre l'*idée-motivation* et l'*idée-moyen* sur la peine, indiquée dans cette recherche, s'avère importante pour la réflexion sur l'actualisation de la rationalité pénale moderne dans les sens qu'elle indique la dynamique ou le flux de la pensée en ce qui concerne la création des lois criminelles, notamment la détermination des peines. À partir de l'analyse des données, notamment des entretiens, j'ai pu observer que les *idées-motivation* empêchent l'observateur (le politicien ou le militant) de voir que l'*idée-moyen* qu'il soutient – conçue dans les paramètres de la rationalité pénale moderne – est contraire à son *(auto) portrait* politique général. Dans ces situations « paradoxales », mon matériel empirique a montré que l'observateur (politicien ou militant) n'est pas capable de voir qu'il y a un « problème » ou une contradiction entre sa position idéologique et la solution ou l'*idée-moyen* qu'il communique à propos des peines. C'est comme si le fait d'avoir une *idée-motivation* qu'il considère comme progressiste ou indifférenciée (mais très louable), telle la protection des droits de la personne, escamote l'effet paradoxal de ses *idées-moyen*. Ainsi, le fait d'appuyer des peines sévères d'exclusion sociale pour un crime contre la dignité de la personne, ne lui semble absolument pas une position conservatrice, parce que l'*idée-motivation*, elle, est progressiste. En résumé, l'*idée-motivation* finit par empêcher toute réflexion critique sur la peine.

Je passe maintenant à la deuxième « thèse » sur la mobilisation de la trame discursive des droits de la personne par les politiciens progressistes et militants. Le premier élément important de cette réflexion est la distinction employée dans les communications des progressistes entre *crimes ordinaires / crimes contre l'humanité*. Le fait de distinguer les comportements dans deux « types » de crimes amène l'observateur à voir deux « réalités » distinctes et ce, indépendamment de l'acte pratiqué. La conséquence en matière de peines est que les *crimes contre l'humanité* sont considérés comme toujours plus graves que les *crimes ordinaires* et, par conséquent, méritent des peines plus sévères. On voit ainsi l'établissement d'une « échelle de gravité » à partir de l'*appellation* et non du comportement.

Le concept de « crime contre l'humanité » faisait à l'origine (il apparaît pour la première fois dans la charte du Tribunal de Nuremberg) référence exclusivement à des comportements très graves pratiqués contre des collectivités, tels que le génocide. La loi contre la torture a élargi considérablement cette conception. Tout d'abord, il faut rappeler que la torture au Brésil est considérée comme un *crime contre l'humanité*, y compris dans la perspective juridique, étant donné que le Brésil est signataire des traités internationaux contre la torture, traités qui incluent la torture dans la liste des crimes contre l'humanité.

Or, la loi brésilienne n'explicite pas un degré de violence pour classifier un acte comme « crime de torture ». Le résultat est qu'autant les policiers qui battent (plus ou moins violemment) les suspects dans des postes de police que les nounous qui maltraitent les enfants dont elles s'occupent, peuvent être considérés comme des « tortionnaires » et ainsi jugés pour *crime contre l'humanité*. Bref, les nazis, les policiers dans les postes de police et les nounous appartiennent tous à la même « catégorie » de criminels, dans le sens qu'ils ont tous commis des « attentats contre l'humanité ». J'insiste encore une fois qu'il ne s'agit pas ici de banaliser la violence pratiquée par les policiers et les nounous envers les personnes dont ils ont la responsabilité. Je veux simplement soulever le saut qui a été fait à l'intérieur même du concept de « crime contre l'humanité » avec la loi brésilienne et montrer que ledit concept a été tellement élargi au point de perdre, au moins au Brésil, son unité interne.

Cette appellation de *crimes contre l'humanité* semble ainsi donner au crime de torture la forme d'un « bloc compact de gravité ». Ceci génère un phénomène d'oubli du fait que le crime (le comportement) comporte différents niveaux de gravité et devrait ainsi s'accompagner d'un éventail

de peines correspondant à une telle variété. La *rationalité pénale* entre ici dans les communications pour justifier les peines sévères d'exclusion sociale qui doivent être appliquées. Autrement dit, la face *crimes contre l'humanité* (de la distinction *crimes contre l'humanité/crimes ordinaires*) est intégrée aux théories de la peine lorsque le thème en est la punition.

Cette observation introduit déjà le problème que j'ai identifié dans ma recherche sur la relation établie entre les droits de la personne et les théories de la peine. Le problème qui ressort de mon étude consiste dans l'observation que la présence du thème de la punition ou de la peine associée au thème de la protection des droits de la personne lance ces derniers dans un espace sémantique répressif, colonisé par les théories de la peine. Autrement dit, lorsqu'on parle de crimes contre les droits de la personne (ce qui comprend les crimes contre l'humanité), les théories de la peine surgissent immédiatement pour fournir tous les besoins de justification de la peine.

Pour observer plus en détail cette relation entre les droits de la personne et les théories de la peine, bâtie par les progressistes, j'ai distingué quatre constructions discursives. Ces quatre trames représentent les différentes manières de voir la relation entre les droits de la personne et la punition. Voici le résumé des énoncés de chacune des trames. La première trame voit (1) les droits de la personne comme le « droit à la punition criminelle » pour la violation des droits fondamentaux. La deuxième trame, qui est une variation de la première, (2) observe les droits de la personne comme la « non-impunité » (ou la punition « réelle ») des responsables des crimes contre l'humanité. Dans la troisième trame discursive (3), les droits de la personne sont associés à l' « humanisation » du réseau carcéral. Finalement, la dernière construction discursive réfléchit à la relation à partir de frontières thématiques, autrement dit (4) les droits de la personne se distinguent du droit criminel par les thèmes dont ils s'occupent. Les droits de la personne s'occupent, par exemple, de la limite maximale des peines qui ne doit pas être dépassée, ni par le tribunal ni par le législateur (au Brésil, par exemple, la limite constitutionnelle de la peine de prison est de 30 ans). À l'intérieur de ces limites, on est dans le domaine exclusif du droit criminel.

J'ai utilisé quatre catégories analytiques pour réfléchir sur la présence des théories de la peine dans les trames discursives présentées ci-dessus: *coprésence*, *attachement strict*, *relation unidirectionnelle* et *dépendance appréciative*. La *coprésence* indique que les théories de la peine et les droits de la personne partagent le même espace de référence (ou le même discours); l'*attachement strict* indique que les droits de la personne ne conçoivent pas un remède au crime sans passer par les théories de la peine; la *relation unidirectionnelle* indique qu'il existe une vectorialité dans une seule

direction : des droits de la personne vers les théories de la peine. Autrement dit, ce sont toujours les théories de la peine qui sont appelées, et non le contraire. La *dépendance appréciative* indique que les droits de la personne dépendent des théories de la peine pour donner de la valeur à leurs propres valeurs : seulement les peines sévères d'exclusion sociale expriment bien la valeur de ces droits.

Si on lit les quatre trames discursives à partir de ces catégories analytiques, on observe que dans les trois premières trames, qui regroupent la majorité des communications recueillies, il est possible d'identifier les quatre catégories mentionnées (*coprésence*, *attachement strict*, *relation unidirectionnelle* et *dépendance appréciative*). Autrement dit, les théories de la peine sont clairement présentes dans ces constructions à propos des droits de la personne. Dans la quatrième trame, par ailleurs, on ne voit aucune des catégories mentionnées, c'est-à-dire que dans ce cas les théories de la peine ne sont pas couplées au discours des droits de la personne. Par ailleurs, dans cette représentation, on ne voit pas non plus de questionnement sur les théories de la peine par les droits de la personne. Il s'agit plutôt d'un partage des espaces, où les deux trames (droits de la personne et théories de la peine) peuvent exister paisiblement si aucune des deux n'envahit l'espace de l'autre.

En somme et pour ouvrir des recherches à l'avenir, on observe que la mobilisation des droits de la personne par les politiciens qui se disent « progressistes » ou de « gauche » est faite à partir des paramètres de la rationalité pénale moderne (théories de la peine). La notion de protection des droits fondamentaux par rapport aux sanctions en droit criminel semble être aisément associée à une conception spécifique de la punition, où la souffrance et l'exclusion sociale doivent être nécessairement recherchées. De plus, une telle peine apparaît comme le seul moyen d'exprimer le degré de valorisation que nous accordons à une norme donnée de comportement. Dans ce cadre, il est important de faire ressortir que le fait de demander et de lutter pour des thèmes aussi élevés dans la hiérarchie des valeurs que ceux de la dignité humaine ou du respect à l'intégrité physique (violés par la pratique de la torture), ne devrait pas empêcher les « progressistes » (politiciens ou militants) de repenser la manière de concevoir les peines. Autrement dit, une *motivation* effectivement humaniste ne devrait pas nous amener à accepter aussi facilement les théories de la peine du droit criminel et la conception (médiévale) qu'on actualise de la peine criminelle.

BIBLIOGRAPHIE

ACOSTA, F. (1987) De l'événement à l'infraction: le processus de mise en forme pénale. *Déviance et Société*, Vol. 11, n° 1, p. 1-40.

ACOSTA, F. (1995) Récit de voyage à l'intérieur du Code criminel de 1892 ou entre autres mention est faite des peines auxquelles ses transgresseurs s'exposent. *Criminologie*, XXVIII, 1, 1995, p. 81-96.

ADORNO, S. (1996) *Gestão urbana do medo e da insegurança* : violência, crime e justiça penal na sociedade contemporânea. Tese (Livre Docência), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

ALLARD, J. (2004) L'humanité, un concept juridique sans précédent?, in : BERNS, T. (sous la direction de) *Le droit saisi par le collectif*, Bruylant: Bruxelles.

ARCHANBAULT, J. et HAMEL, J. (1997) Une évaluation partielle de la méthodologie qualitative en sociologie assortie de quelques remarques épistémologiques, in : Groupe de recherche interdisciplinaire sur les méthodes qualitatives, *La méthodologie qualitative : Diversité des champs et des pratiques de recherche au Québec*, Université de Montréal, Juin 1997, p. 93-153.

ARENDT, H. (1963) *Eichmann em Jerusalém*, trad. José Rubens Siqueira, São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ARENDT, H. (1973) *Origens do totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, São Paulo : Companhia das Letras, 1998.

BABISSAGANA, E. (2006) *L'interdit de la torture en procès* ? Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis.

BACHELARD, G. (1938) *La formation de l'esprit scientifique*, Paris : Librairie Philosophique J. Vrin, 2004.

BARBEGER, C., LASCOUMES, P. (1991) *Le temps perdu à la recherche du droit pénal.* Les changements en droit pénal administratif comme mode de changement du droit pénal. 1983-1987. Paris : Recherche financée par le conseil de la recherche du Ministère de la Justice.

BARTHOLEYNS, F. (2003) La codification en droit pénal : une voie sans issue ? *Revue de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles*, vol. 28, 2 semestriel 2003, p. 219-230.

BECCARIA, C. (1764) *Des délits et des peines*, Genève : Librairie Droz, 1965.

BECKER, H. (1998) *Les ficelles du métier*, Paris : La Découverte, 2002.

BERNAT de CELIS, J. (1996) *Drogues : consommation interdite.* La genèse de la loi de 1970 sur les stupéfiants. Paris : L'Harmattan.

BICUDO, H. (2006) *Minhas mémorias*, São Paulo: Martins Fontes.

BLANCO, M. G. (1998) Codification et droit de la postmodernité : la création du nouveau Code pénal espagnol de 1995. *Droit et Société*, 40, 1998, p. 509-534.

BOBBIO, N. (1994) *Left & right.* The significance of a political distinction, Chicago: the University of Chicago Press, 1996.

BRASIL: NUNCA MAIS (1985) *Brasil: nunca mais*, Petropolis: Vozes.

BRUNSTEN, M., FLOERECKE, P. (1991) Reform and counter-reform of the «penal demonstration». An analysis of legislation in a turbulent field of politics. ROBERT, Ph. (ed.) *La création de la loi et ses acteurs.* L'exemple du droit pénal. Oñati : The Oñati international institute for the sociology of law, p. 71-84.

CALDEIRA, T. P. R. (2000) *City of walls*: crime, segregation, and citizenship in São Paulo. Berkeley, Calif.: University of California Press.

CANCELLI, E. (1994) *O mundo da violência*: a polícia na Era Vargas. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

CARTUYVELS, Y. (1994) Éléments pour une approche généalogique du code pénal. *Déviance et Société*, vol. 18, n.4, p. 373-396.

CARTUYVELS, Y. (2006) Droits de l'homme et droit pénal, un retournement? *In* : Cartuyvels, Y et al. (direction), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Bruxelles : Publications des Faculté Universitaires Saint-Louis, 2007, p. 23-44.

CARTYUYVELS, Y. (1996) *D'où vient le code pénal?* Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIIIe siècle. Bruxelles : DeBoeck Université.

CAUCHIE, J-F. (2003) *Contributions des travaux communautaires à une manière innovante de penser et de pratiquer l'intervention pénale.* Thèse de doctorat, Louvain-la-Neuve : Université Catholique de Louvain.

CAUCHIE, J-F. (2005) Un système pénal entre complexification et innovation. Le cas ambivalent des travaux communautaires belges. *Déviance et Société*, vol. 29, n. 04, p. 399-422.

CELLARD, A. (1997) L'analyse documentaire, in : POUPART et al. (1997) *La recherche qualitative.* Enjeux épistémologiques et méthodologiques, Boucherville, Québec, Canada : Gaëtan Morin Éditeur, p. 251-272.

CELLARD, A. et PELLETIER, G. (1999) La construction de l'ordre pénal au Canada, 1892-1927 : approches méthodologiques et acteurs sociaux. *Déviance et Société*, 1999, vol. 23, n. 4, p. 367-393.

CHALMERS, A. (1976) *Qu'est-ce la science? Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend,* Paris : La découverte, 1987.

CHAMBLISS, W. (1964) A sociological analysis of the law of vagrancy. *Social Problems,* vol 12, n.1 Summer, 1964, p. 67-77.

CHARRAS, I. (1998) Genèse et évolution de la législation relative aux stupéfiants sous la troisième république. *Déviance et Société*, vol. 22, n. 4, 1998, p. 367-387.

CHEVIGNY, P. (1999) Defining the role of police in Latin America, *in*: MENDEZ, J.; O'DONNELL, G.; PINHEIRO, P. S. (eds.) (1999), *The (un) rule of law and the underprivileged in Latin America*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, p. 49-70.

COHEN, S. (1992) Human Rights and crimes of the state: the culture of denial. *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, n. 26, July 1993, p.97-115.

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, UN, (2001) *Civil and political rights, including the question of torture and detention.* Report of the special rapporteur, Sir Nigel Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2000/43.

CORSI, G et al. (1996) *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*, Mexico, DF: ITESO, Editorial Anthropos.

CORSI, G. (2005) A funcionalidade do processo de criminalização na gestão dos desequilíbrios gerados nas formações sociais do capitalismo pòs-industrial e globalizado, in: KARAM. M.L. (org.) *Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.49-77.

COSTA, A. T. M. (2004) *Entre a lei e a ordem :* violência e reforma nas polícias do Rio de Janeiro e Nova York, Rio de Janeiro: Editora FGV.

DE HERT, P., GURTWIRTH, S., SNACKEN S. et DUMORTIER, E. (2006) La montée de l'État pénal: que peuvent les droits de l'homme ? in : CARTUYVELS, Y et al. (Direction) *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Bruxelles : Publications des Faculté Universitaires Saint-Louis, 2007, p. 235-290.

DEBUYST, C., DIGNEFFE, F. et PIRES, A. (1998) *Histoire des savoirs sur le crime et la peine.* Vol. 2, Ottawa : De Boeck Université.

DEBUYST, Ch., DIGNEFFE, F., PIRES, A. P. (2008), *Histoire des savoirs sur le crime et le peine.* Volume 3. Expliquer et comprendre la délinquance et la déviance (1920-1960), Bruxelles, De Boeck Université et Larcier.

DELMAS-MARTY, M. (1986) *Le flou du droit.* Du code pénal aux droits de l'homme. Paris : Presses Universitaires de France.

DEMAZIÈRE, D. et DUBAR, C. (1997) *Analyser les entretiens biographiques.* L'exemple de récits d'insertion, Nathan.

DICKSON, D. (1968) Bureaucracy and morality: an organizational perspective on a moral crusade. *Social Problems*, vol. 16, n. 2, Fall 1968, p. 143-156.

DIGNEFFE, F. (1998) La naissance de la criminologie et ses développements au tournant du siècle, in : DEBUYST C., DIGNEFFE, F., PIRES, A., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Vol. 2, Ottawa : De Boeck Université, 225-299.

DUBÉ, R. (2008) *Système de pensée et reforme du droit criminel: les idées innovatrices du rapport Ouimet (1969)*, Thèse de doctorat, Département de Sociologie, Université de Québec à Montréal, Québec, Canada.

DURKHEIM, E. (1922) *Éducation et sociologie*. Paris: PUF, 1966.

EMSLEY, C. (1991) "Mother, what did policemen do when there weren't any motors?" The law and the regulation of motor traffic in England, 1900-1939. ROBERT, P. (ed.) *La création de la loi et ses acteurs*. L'exemple du droit pénal. Oñati : The Oñati international institute for the sociology of law, p. 149-178.

ENGUÉLÉGUÉLÉ, S (1998a) *Les politiques pénales (1958-1995)*. Paris : L'Harmattan.

ENGUÉLÉGUÉLÉ, S (1998b) Les communautés épistémiques pénales et la production législative en matière criminelle. *Droit et Société*, 40, 1998, p. 563-581.

FARIA, C.F. S. et VALLE, J.C.F. (2006) *Legislativo no Brasil. Câmara dos Deputados*, Brasília: Centro de documentação e informação, Coordenação de Publicações, Câmara dos Deputados.

FEAGIN, J., ORUM, A. et SJOBERG, G. (1991) *A case for the case study*, The University of North Carolina Press.

FELD, B. (1983) The political economy of corporate regulation: the structural origins of white collar crime. INVERARITY et al. (1983) *Law and Society: Sociological perspectives in criminal law*. Boston, Toronto: Little, Brown and Company, p. 216-242.

FOUCAULT, M. (1975) *Surveiller et punir*, Paris : Gallimard, 2001.

GALLIHER, J. M. et GALLIHER, J. F. (1997) « Déjà vu all over again »: the recurring life and death of capital punishment legislation in Kansas. *Social Problems*, vol. 44, n. 3, August 1997, p. 369-385.

GALTUNG, J. (1959) Expectations and interaction processes, *Inquiry*, 2, p. 213-234.

GARCIA AMADO, J. A. (1989) Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann, *Droit et Société*, 43, p. 17-27.

GARCIA, M. (2002) *Le Code à la carte*. Étude des demandes de modifications des règles de procédure du Code criminel canadien entre 1892 et 1927, Thèse de maîtrise, Université d'Ottawa.

GARCIA, M. (2009) *Innovation et obstacles à l'innovation :* la réception des droits de la personne par le système de droit criminel moderne. Thèse de doctorat, Université de Québec à Montréal.

GASPARI, E. (2002a) *A ditadura envergonhada*, São Paulo: Companhia das Letras.

GASPARI, E. (2002b) *A ditadura escancarada*, São Paulo: Companhia das Letras.

GOFFMAN, E. (1974) *Frame analysis*: an essay on the organization of experience. New York: Harper & Row.

GRAHAN, J. (1972) Amphetamine politcs on Capitol Hill. *Society*, vol. 9, n. 3, p. 14-22.

GRATTET, R. et al. (1998) The homogenization and differentiation of hate crime law in the United States, 1978 to 1995: Innovation and diffusion in the criminalization of bigotry. *American Sociological Review*, vol. 63, n.2, April, 1998, p. 286-307.

HALL, J. (1952) *Theft, Law and Society*. Indianapolis: The Bobbs-Merril Company, Inc, 1952.

HAMEL, J. (1993) *Case studies methods*, Newbury Park, California: Sage Publications.

HOLLOWAY, T. (1993) *Policing Rio de Janeiro*: repression and resistance in a 19th century city. Stanford, Calif.: Stanford University Press.

HUMAN RIGHTS WATCH/AMERICAS (1997) *Police brutality in urban Brazil*, New York, Washington.

INVERARITY, J.; FELD, B. (1983) Introduction to Part II: Creation of Law. INVERARITY et al. (1983) *Law and Society: Sociological perspectives in criminal law*. Boston, Toronto: Little, Brown and Company, p. 163-172.

JACQUES, A. (1994) *L'interdit ou la torture en procès*, Paris : Les Éditions du Cerf.

JORGE, S.M. F. (1993) *Filinto Muller :* memória e mito. Thèse de maîtrise. Universidade de São Paulo.

KING, M. et THORNHILL, C (2003) *Niklas Luhmann's theory of politics and law*. New York: Palgrave Macmillan

KOWALUK, G. et ANDERSON, J. (2004) The making of the law prohibiting 'cruel and unusual' punishment in prison: using autopoietic theory to reconstruct the Eighth Amendement. *Criminal Justice Studies*, vol. 17, n. 2, June 2004, p. 141-169.

LACHAMBRE, S. (2005) *La participation des mouvements sociaux dans le système pénal :* l'affaire Latimer, Thèse de maîtrise, Université d'Ottawa.

LACHAMBRE, S. (2008) *Théorie de la dénonciation*, Document de travail non publié, Université d'Ottawa.

LAFER, C. (1988) A *reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LASCOUMES, P. et al. (1989) *Au nom de l'ordre.* Une histoire politique du code pénal. Paris : Hachette.

LAUDERDALE, P. (1983) The creation and growth of opiate regulation. INVERARITY, J. et al. *Law and society.* Sociological perspectives on criminal law. Boston, Toronto: Little, Brown&Company.

LEBEUF, M.E. (1990) La construction sociale des lois criminelles : l'expérience canadienne concernant l'ivresse au volant. *Déviance et Société*, 1990, vol. 14, p. 395-420.

LEE, M. (2005) Human trade and the criminalization of irregular migration. *International Journal of the Sociology of Law*, 33, 2005, p. 1-15.

LEHALLE, S. (2008) *La torture: une pratique en quête de légitimation*, texte présenté dans l'atelier du CIRCEM (Centre interdisciplinaire de recherche sur la citoyenneté et les minorités), Université d'Ottawa.

LEVY, R. (1991) Quelques réflexions à propos d'une recherche socio-historique sur la détention avant jugement (la loi du 14 juillet 1865). ROBERT, P. (ed.) *La création de la loi et ses acteurs.* L'exemple du droit pénal. Oñati : The Oñati international institute for the sociology of law, p. 33-48.

LINDESMITH, A. (1969) Federal law and drug addiction. CHAMBLISS, W. *Crime and legal process*. New York, St. Louis, San Francisco: McGraw-Hill Book Company, 1969.

LUHMANN, N. (1969) *La légitimation par la procédure*, Saint-Nicolas (Québec) : Les Presses de l'Université Laval, 2001.

LUHMANN, N. (1971) Politics as a social system, in: *The differentiation of society*, New York: Columbia University Press, 1982, p. 138- 165.

LUHMANN, N. (1972) *A sociological theory of law*. London: Routledge & Kegan Paul, 1985.

LUHMANN, N. (1982) *Love as passion,* trad. Jeremy Gaines et Doris L. Jones, Stanford: Stanford University Press, 1998.

LUHMANN, N. (1984). *Social System*, Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1995.

LUHMANN, N. (1989) Law as a social system, *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, n. 1&2, 1988-1989, p. 136-150.

LUHMANN, N. (1993a) Deconstruction as second-order observing. *Theories of Distinction. Redescribing the descriptions of modernity*. Willian Rasch (ed) Stanford: Stanford University Press, 2002.

LUHMANN, N. (1993b) *Law as a social system,* Oxford: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, N. (1993c). « Clôture et couplage ». In *Niklas Luhmann observateur du droit*, sous la dir. de A.-J. Arnaud et P. Guibentif, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, p.73-95.

LUHMANN, N. (1995) *Art as a social system*, trad. Eva Knodt, Stanford: Stanford University Press, 2000.

LUHMANN, N. (1996) *The reality of mass media*, Stanford: Stanford University Press, 2000.

LUHMANN, N. (1997) *La sociedad de la sociedad.* Mexico: Universidad Iberoamericana, Herder, 2007.

LUHMANN, N. et DE GIORGI, R. (1992) *Teoria della societá.* Milano, Italy : Franco Angeli.

MARTENS, P. (2004) L'humanité comme sujet de droit, *in* : BERNS, T. (sous la direction de) *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 207-238.

MARTENS, P. (2007) Les droits de l'humanité l'emportent-ils sur les droits de l'homme ?, in : CARTUYVELS, Y et al. (Dir.) *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Bruxelles : Publications des Faculté Universitaires Saint-Louis, 2007, p. 589-611.

MATURANA, H. (1990) Biologia do conhecer e epistemologia, *in*: *Maturama, H. Cognição, ciência e vida cotidiana*, MAGRO, C. et PAREDES, V. (orgs), Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

MATURANA, H. et VARELA, F. (1984) *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.* São Paulo: Palas Athena, 2005.

MENDEZ, J. E. (1999) Problems of lawless violence: introduction, in: MENDEZ, J.; O'DONNELL, G.; PINHEIRO, P. S. (eds) (1999), *The (un) rule of law and the underprivileged in Latin America*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, p. 19-24.

MILES, M. et HUBERMAN, M. (2003) *Analyse des données qualitatives*, Bruxelles : DeBoeck.

MILL, J. S. (1859) *Considerations on representative government*, Buffalo: Prometheus Books, 1991.

MILLS, W. (1940) Situated action and vocabularies of motive, *American Sociological Review*, Vol. 5, n. 6 (Dec., 1940), p. 904-913.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (2008) *Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN)*, Brasilia, DF: Departamento Penitenciário Nacional.

MISSE, M. (1998) O final da cadeia: Interpretações da violência no Rio, in Guilherme Castelo Branco e Luís Felipe Baeta Neves (orgs.), *Michel Foucault: da arqueologia do saber à estética da existência*, Rio de Janeiro e Londrina, CCBB-UEL-NAU.

MISSE, M. (1999) *Malandros, marginais e vagabundos e a acumulação social da violência no rio de Janeiro.* Tese de Doutorado em Sociologia, IUPERJ, Rio de Janeiro.

MOELLER, H-G. (2006) *Luhmann explained:* from souls to systems. Série Ideas Explained, vol. 3, Chicago: Open Court.

MORAND, C-A. (1988) Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. *Droit et Société*, n. 10, 1988, p. 407-423.

MORIN, E. (1977) *La méthode.* Vol. 1: La nature de la nature. Paris : Éditions du Seuil.

NISBET, R. (1986) *Conservatism.* Dream and reality. Minneapolis: University of Minnesota Press.

OST, F. (2007). « Quand l'enfer se pave de bonnes intentions...A propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme », in Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de

Kerchove, S. Van Drooghenbroeck (sous la direction de), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant et Facultés universitaires Saint-Louis (avec l'aide du Fonds de la recherche fondamentale collective), p. 7-22.

PELLETIER, G. (2002) Le Code Criminel canadien, 1892-1939 : le contrôle des armes à feu. *Crime, Histoire & Sociétés,* 2002, vol. 6, n.2, p. 51-79.

PINHEIRO, P.S. (1999) The rule of law and the underprivileged in Latin America, in: Mendez, J.; O'Donnell, G.; Pinheiro, P. S. (eds) (1999), *The (un) rule of law and the underprivileged in Latin America*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, p. 1-18.

PINHEIRO, P. S.; ADORNO, S, et CARDIA, N. (1999). *Continuidade autoritária e construção democrática*, Relatório Final de Pesquisa, NEV/USP.

PIRES, A. P. (1982) La méthode qualitative en Amérique du Nord: Un débat manqué (1918-1960), *Sociologie et Sociétés*, 14, (1), 15-29.

PIRES, A. P. (1985) Le « sens du problème » et le « sens de l'approche » : pour une nouvelle conception du travail méthodologique, *Revue de l'association pour la recherche qualitative*, vol, 1-3, Hiver 1995, p. 55-87.

PIRES, A. P. (1987) Deux thèses erronées sur les lettres et les chiffres, *Cahiers de recherche sociologique*, 5, (2), pp. 87-106.

PIRES, A. P. (1990) Le devoir de punir: Le rétributivisme face aux sanctions communautaires, *Revue canadienne de criminologie* (numéro spécial sur la détermination de la peine), 32, (3), pp. 441-460.

PIRES, A. P. (1991a) Ethiques et réforme du droit criminel: Au-delà des philosophies de la peine, *Ethica*, 3, (2), 47-78.

PIRES, A. P. (1991b) La réforme pénale et la réciprocité des droits, *Criminologie* (Montréal), 24, (1), pp. 77-104.

PIRES, A. P. (1991c) Commentaire au texte Levy, R. (1991) « Quelques réflexions à propos d'une recherche socio-historique sur la détention avant jugement (la loi du 14 Juillet 1865) », in: ROBERT, P. (ed) *La création de la loi et ses acteurs. L'exemple du droit pénal.* The Oñati international institute for the sociology of law, 1990-1991, p. 51-68.

PIRES, A. P. (1993) Recentrer l'analyse causale? Visages de la causalité en sciences sociale et recherche qualitative, *Sociologie et Société* (Montréal), 25, (2), 191-209.

PIRES, A. P. (1995) Quelques obstacles à une mutation du droit pénal, *Revue générale du droit*, (Ottawa), 26, (1), pp. 133-154.

PIRES, A. P. (1997) Échantillonnage et recherche qualitative : essai théorique et méthodologique, in : POUPART et al. (1997) *La recherché qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques*, Boucherville, Québec, Canada : Gaëtan Morin Éditeur, p. 113-169.

PIRES, A. P. (1998a) Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne, in DEBUYST C., DIGNEFFE, F., PIRES, A., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Vol. 2, Ottawa : De Boeck Université, pp. 3-52.

PIRES, A. P. (1998b) Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne, in DEBUYST C., DIGNEFFE, F., PIRES, A., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Vol. 2, Ottawa : De Boeck Université, pp. 83-144.

PIRES, A. P. (1998c) Kant face à la justice criminelle », in DEBUYST C., DIGNEFFE, F., PIRES, A., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Vol. 2, Ottawa : De Boeck Université, pp. 145-206.

PIRES, A. P. (1998d) La doctrine de la sévérité maximale au Siècle des Lumières, in DEBUYST C., DIGNEFFE, F., PIRES, A., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Vol. 2, Ottawa : De Boeck Université, pp. 53-82.

PIRES, A. P. (1998e) Un noeud gordien autour du droit de punir, in DEBUYST C., DIGNEFFE, F., PIRES, A., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Vol. 2, Ottawa : De Boeck Université, pp. 207-220.

PIRES, A. P. (2001a) La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. *Sociologie et Sociétés*, Vol. XXXIII, n.1, p. 179-204.

PIRES, A. P. (2001b) Programme de recherche de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale, Document non publié, Université d'Ottawa.

PIRES, A. P. (2002), Codifications et réformes pénales, in L. Mucchielli et Ph. Robert (sous la direction de), *Crime et sécurité. L'état des savoirs*, Paris, Éditions La découverte, pp. 84-92.

PIRES, A. P. (2003a), La ligne Maginot en droit criminel : la protection contre le crime Versus la protection contre le Prince, in Raffaelle De Giorgi (sous la direction de) : *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, vol. 1, Lecce (Italie), Pensa MultiMedia, pp. 509-534.

PIRES, A. P. (2003b), La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux ?, in: D. Kaminski et M. Kokoreff (sous la direction de), *Sociologie pénale : système et expérience*, Paris, ÈRES, pp. 173-198.

PIRES, A. P. (2003c), *Résumé du Séminaire de Doctorat*, Document non publié, Département de Criminologie, Université d'Ottawa, automne-hiver, 2003-2004.

PIRES, A. P. (2004) *Racionalidade penal moderna, o publico e os direitos humanos na modernidade tardia*. Novos Estudos do CEBRAP, 68, p. 39-60.

PIRES, A. P. (2006a), Tomber dans un piège ? Responsabilisation et justice des mineurs, in Françoise Digneffe et Thierry Moreau (sous la direction de), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck Université, p. 121-145.

PIRES, A. P. (2006b), O que é preciso mudar para que o direito penal possa evoluir? (« Que faut-il changer pour que le droit criminel puisse-t-il évoluer? »), conférencier invité, conférence de

clôture du 12e Congrès international de l'*Institut brésilien de sciences criminelles* (IBCCrim), São Paulo, Brésil, 29 août-1er septembre.

PIRES, A. P. (2006c) *La distinction qualitatif/quantitatif.* Document de travail non publié, Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale, Université d'Ottawa.

PIRES, A. P. (2007) *Programme de recherche de la Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale*, Document non publié, Université d'Ottawa.

PIRES, A. P. (2008a) *Un 'fait inconfortable'* : les relations paradoxales entre droits de la personne et punition dans l'activité législative. Document de travail non publié, Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale, Université d'Ottawa.

PIRES, A. P. (2008b) *Résumé du cours CRM 6760 (Philosophie pénale)*, Document non publié, Département de Criminologie, Université d'Ottawa, hiver, 2008.

PIRES, A. P. (2008c). *La théorie de la peine portant sur la 'réhabilitation'* : inclusion ou exclusion sociale ? Document de travail non publié, Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale, Université d'Ottawa.

PIRES, A. P. (2009), Réflexions théoriques et méthodologiques sur les transferts des valeurs : Le cas du droit criminel, in: N. Goyer et W. Moser (sous la direction), *Exploration d'un champ conceptuel*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, Coll. Transferts culturels / Cultural Transfers (sous presse).

PIRES, A. P. et ACOSTA, F. (1994), Les mouches et la bouteille à mouches: utilitarisme et rétributivisme devant la question pénale, *Carrefour. Revue de réflexion interdisciplinaire* (Ottawa),16, (2), pp. 8-39.

PIRES, A. P. et CAUCHIE, Jean-François (2007) Un cas d'innovation 'accidentelle' en matières de peines : une loi brésilienne sur les drogues, *Champ pénal / Penal Field*, 4, http://champpenal.revues.org/document1541.html.

PIRES, A. P. et GARCIA, M. (2007) Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort, in : Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck (sous la direction de), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant et Facultés universitaires Saint-Louis (avec l'aide du Fonds de la recherche fondamentale collective), pp. 291-336.

PIRES, A. P. et VALLIÈRES, S. (1986), *Droits de la personne et information juridique : une recherche évaluative*, Ottawa, Direction générale de la recherche et du développement, Direction de la politique, des programmes et de la recherche, ministère de la Justice du Canada.

PIRES, A. P., CELLARD, A et PELLETIER, G. (2001) L'énigme des demandes de modifications législatives au code criminel canadien, in: FRAILE, P. (sous la direction de) *Régulation et gouvernance. Le contrôle des populations et du territoire en Europe et au Canada. Une perspective historique*, Barcelone : Publicacions Universitat de Barcelona, p.195-217

POSSAS, M. (2005) O problema da inovação da teoria da prevenção geral positiva: uma comparação entre Jakobs e Luhmann. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.56, p.267 - 307, 2005.

POUPART, J., LALONDE, M. et JACCOUD, M. (1997) *De l'école de Chicago au postmodernisme*, Québec: Les Presses Inter Universitaires.

RODLEY, N. (1999): Torture and conditions of detention in Latin America, in: MENDEZ, J.; O'DONNELL, G.; PINHEIRO, P. S. (eds) (1999), *The (un) rule of law and the underprivileged in Latin America*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, p. 25-41.

ROSE, G. (1982) *Deciphering sociological research*, London: Macmillan.

ROTHMAN (1971) *The discovery of the asylum*: social order and disorder in the new republic. Boston, Toronto: Little Brown.

SAUVAGEAU, J. (1998) *Les discours parlementaires sur la peine de mort*. Essai de criminologie réflexive du passage à l'acte législatif. Thèse de doctorat, Louvain-la-Neuve : Université Catholique de Louvain.

SAVELSBERG, J. (1987) The making of criminal law norms in welfare states: economic crime in West German, *Law and Society Review*, vol 21, Number 4, 1987, p. 529-562.

SAVELSBERG, J. (1988) Rationalities and experts in the making of criminal law against economic crime. *Law and policy*, vol. 10, n° 2 & 3, April & July 1998, p. 215-252.

SCHEERER, S. (1978) The new dutch and german drug laws: social and political conditions for criminalization and decriminalization. *Law and society*, Summer 1978, vol. 12, p. 585-606.

SCHNEIDER, E. (2000) *Battered women and feminist lawmaking*. Harrisonburg: R.R. Donnelley & Sons.

SERBIN, K. (2001) *Diálogos na sombra*. Bispos e militares, tortura e justiça social na ditadura. Trad. Carlos Eduardo Lins da Silva, São Paulo: Companhia das Letras.

SOARES, L.E.; BATISTA, A. et PIMENTEL, R. (2006) *Elite da tropa*, Rio de Janeiro : Objetiva.

STEINER, B. (2001) The consciousness of crime and punishment: reflections on identity politics and lawmaking in the war on drugs. *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 23, 2001, p. 185-212.

STICHWEH, R. (2000) Systems theory as an alternative to action theory? The rise of 'communication' as a theoretical option. *Acta Sociologica* 43: 5-13.

STRAUSS, A. et CORBIN, J. (2004) *Les fondements de la recherche qualitative.* Techniques et procédures de développement de la théorie enracinée. Fribourg, Suisse : Academic Press Fribourg.

SUTHERLAND, E. (1950) The diffusion of sexual psychopath laws, in: CHAMBLISS, W. *Crime and legal process*. New York, St. Louis, San Francisco: McGraw-Hill Book Company, 1969, p. 74-81.

TEUBNER, G. (1992) Essai sur le texte de Hubert Rottleuthner "The limits of law: the myth of a regulatory crisis", *in*: TEUBNER, G. (2005) *Direito, sistema e policontexturalidade*. Trad. Rodrigo Otávio Broglia Mendes Piracicaba : Editora Unimep.

TEUBNER, G. (1997) Briser les cadres: le « jeu » mondial entre systèmes sociaux et juridiques, *in* : Robert, P, Soubiran-Paillet, F. et van de Kerchove, M (orgs) (1997) *Normes, normes juridiques, normes pénales : pour une sociologie des frontières*, Tome I, Paris : L'Harmattan, p. 223-249.

VAN DE KERCHOVE, M (1981) *Bonne mœurs, discours pénal et rationalité juridique*. Essai d'analyse critique (en collaboration avec François Ost), Bruxelles : Publications de la Fac. Univ. St. Louis.

VAN DE KERCHOVE, M. (2007) Les caractères et les fonctions de la peine, nœud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme, in : Y. Cartuyvels, H. Dumont, F. Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroeck (sous la direction de), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, Bruylant et Facultés universitaires Saint-Louis (avec l'aide du Fonds de la recherche fondamentale collective), p. 337-367.

WEBER, M. (1919). *Le savant et le politique*, traduction de Julien Freund, Paris : Plon, 1959.

XAVIER, J.R. (2008) *Les rapports entre l'opinion publique et la détermination de la peine du point de vue de la science*. Document de travail non publié, Université d'Ottawa.

YIN, R. (1994) *Case study research:* design and methods. Thousand Oaks, California: Sage Publications.

ANNEXES

ANNEXE 1 – Liste des articles des médias

Avant la création de la loi 9455/97

(1) Pelo fim da tortura, 6/4/84, *Folha de São Paulo.*
(2) Tortura de presos comuns, 24/12/84, *Folha de São Paulo.*
(3) Comissão de direitos da ONU debate a tortura, 12/2/84, *Folha de São Paulo*, p.15.
(4) Sociedade ignora a tortura de presos comuns, 25/12/84, *Folha de São Paulo*, p.13.
(5) Jaguaribe, Hélio. Tortura e anistia, 31/8/85, *Jornal do Brasil*, p.11.
(6) Pellegrino, Hélio. Tortura, nunca mais, 21/09/85, *Folha de São Paulo*, p.3.
(7) Juiz condena delegado por prática de tortura, 14/11/85, *Folha de São Paulo*, p. 31.
(8) Nova tortura maltrata sem deixar marcas, 2/6/85, *Jornal do Brasil*, p. 26.
(9) Pinheiro, Paulo Sérgio. Mengele vive, 2/7/85, *Folha de São Paulo*, p.3.
(10) Tortura, não, 4/2/85, *Folha de São Paulo*, p.2.
(11) Ackel punirá envolvidos com tortura, 31/1/85, *Folha de São Paulo*, p. 28.
(12) Pellegrino, Hélio. A torturante culpa da tortura, 4/9/85, *Jornal do Brasil*, p. 11.
(13) Convenção contra a tortura, uma vitória e um desafio, 10/2/85, *Estado de São Paulo*, p. 10.
(14) Pellegrino, Hélio. A tortura política, 18/4/85, *Jornal do Brasil*, Caderno B, p. 3.
(15) Pesquisa mostra que não é crime torturar no Cone Sul, 4/8/85, *Jornal do Brasil*, p.16.
(16) Juiz condena policiais do DPF por tortura a presos, 16/5/85, *Jornal do Brasil*, p. 8.
(17) Investigador denuncia tortura como usual na polícia gaúcha, 1/8/85, *Jornal do Brasil*, p. 8.
(18) Konder, Rodolfo. O mundo contra a tortura? 6/3/85, *Folha de São Paulo*, p. 3.
(19) Delegado-Geral afirma que uso de coerção física 'é intolerável", 24/7/85, *Folha de São Paulo.*
(20) Delegados acusados de tortura dirigem polícia gaúcha, *Jornal do Brasil*, 18/8/85, p.18.
(21) Movimento elabora dossiê com casos de tortura em PA, 20/8/85, Folha de São Paulo.
(22) Policiais apontados como torturadores, 22/8/85, *Folha de São Paulo.*
(23) Chefe de polícia exige fatos oficiais para falar sobre torturas, 24/8/85, *Jornal do Brasil.*
(24) Torturadores de presos ocupam cargos de chefia na Polícia Civil de Minas, 25/8/85, *Jornal do Brasil .*
(25) Borges, Jorge Luis. Segunda-feira, 22 de julho de 1985, 25/8/85, *Folha de São Paulo.*
(26) Pinheiro, Paulo Sérgio. Tortura sempre, 27/8/85, *Folha de São Paulo*, p. 3.
(27) Mutirão da violência. Direitos humanos não chegam nas delegacias, 28/8/85, *IstoÉ*, p.28.
(28) Konder, Rodolfo. Tortura – avanços e preocupações, 27/06/86, *Folha de São Paulo*, p. 3.
(29) Tortura, crime imprescritível, 8/6/87, *Folha de São Paulo*, p.A-2.
(30) Dias, José Carlos. A tortura e a prescrição, 16/6/87, Folha de São Paulo, p. 7.
(31). A prescrição criminal, Coelho, Luiz Carlos Galvão, 24/7/87, *Folha de São Paulo*, p. A-3.
(32) Convenção da ONU condena tortura, 27/6/87, *Estado de São Paulo*, p. 11.
(33) Pinheiro, Paulo Sérgio. Ainda a tortura, 5/8/87, *Folha de São Paulo*, p. A-3.
(34) Pinheiro, Paulo Sérgio. O fim da tortura no Brasil, 14/8/87, *Folha de São Paulo*, p.A-4.
(35) Tortura imprescritível, 2/10/87, *Folha de São Paulo*, p. A-2.
(36) Pellegrino, Hélio. Tortura e anistia, 21/10/87, *Jornal do Brasil*, p. 11.
(37) Constituição vai ajudar torturado, 20/9/88, *Correio Braziliense*, p.13.
(38) O crime de tortura e os vícios do sistema policial brasileiro, 16/9/88, *Gazeta Mercantil*, p.4.
(39) A lei do mais fraco. A nova Carta muda a polícia, mas falta força para mudar a rotina da violência e impunidade, 28/9/88, *IstoÉ*, n.993, p.32.
(40) Gomes, Viriato. A prática da tortura, 31/12/88, *Jornal do Brasil*, p.2.
(41) Bicudo, Hélio. Os 18 da cela-forte, 17/2/89, *Folha de São Paulo*, p.A-3.
(42) Comparato, Fábio Konder. A irresponsabilidade entronizada, 14/2/89, *Folha de São Paulo.*
(43) Painel do leitor, 16/2/89, *Folha de São Paulo.*
(44) Dois PMs devem ser indiciados por homicídio doloso no cado do 42° DP, 16/2/89, *Folha de São Paulo.*
(45) Violência preocupa governo americano, 10/2/89, *O Estado de São Paulo.*
(46) Simons, Marlise. 18 prisoners suffocated in Brazil; 51 locked in a 4 by 10 foot cell, 8/12/89, *The New York*

Times.
(47) Presos foram torturados antes da morte, 7/12/89, *Folha de São Paulo*, p. C5.
(48) Houve espancamento, diz comissão de defesa dos direitos humanos, 11/2/89, *Folha de São Paulo*, p. C5
(49) Tortura é comum nas delegacias, 12/2/89, *O Estado de São Paulo*, p. 26
(50) Uma tragédia programada na cela-forte. A morte de dezoito presos num Distrito Policial revela um quadro de descaso pela vida humana no país, 15/2/89, *Veja*, p. 24
(51) Tortura deve ser julgada por Código Penal, 16/9/90, *Folha de São Paulo*, p.A10.
(52) Solução exemplar. Num IPM antológico, um coronal e dois majores da Aeronáutica são indiciados pela violência em Anápolis, 19/9/90, *Veja*, p. 34.
(53) Acusados de tortura não tem pena prevista, 23/11/90, *Folha de São Paulo*, p.A3
(54) Juiz aceita denúncia contra militares, 29/9/90, *Jornal de Brasília*, p.12
(55) IPM constata tortura, mas não indicia militar como torturador, 12/9/90, *Folha de São Paulo*, p. A4
(56) Ainda há torturadores!?!, 8/5/90, *O Estado de São Paulo*, p.3
(57) IPM indicia oficiais da base de Anápolis por tortura, 12/9/90, *Jornal do Brasil*, p. 9
(58) Surge nova denúncia de tortura em delegacia, 14/6/92, *Folha de São Paulo*, p.4
(59) Acusados de tortura podem ser punidos, 30/7/93, *Jornal do Brasil*, p.6
(60) Eluf, Luiza Nagib, A tortura e a legislação brasileira, 11/11/93, *O Estado de São Paulo*, p.A2
(61) Dimenstein, Giberto, O país das CPIs e da tortura, 16/12/93, *Folha de São Paulo*, 1-2.
(62) Tortura Nunca Mais, 10/5/94, *Correio Brasiliense*, p. 6
(63) Crime de tortura já pode ser julgado, 24/6/94, *Jornal do Brasil*, p.8
(64) Tortura sem pena, 26/6/94, *Folha de São Paulo*, p. 1-2
(65), Tribunais precisam de instrumentos para condenar torturadores no País, Monteiro, Mariana 3/7/94, *Correio Brasiliense*, p.9
(66) Contra a tortura, 30/8/94, *O Estado de São Paulo*, p.A-3.
(67) Toledo, Roberto Pompeu de, A longa sombra do passado. O caso do adido militar em Londres mostra como a herança da tortura ainda atravanca o país, 1995, *Veja*, p.9.
(68) ONU cobra do Brasil explicações sobre tortura, 15/2/95, *O Globo*, p.8.
(69) O poder da pauleira e do choque. 1/11/95, *Veja*, p. 28.
(70) Deputado denuncia que tortura é rotina em Minas, 15/9/95, *O Globo*, p.9.
(71) Governo admite que há tortura de presos, 4/2/95, *Folha de São Paulo*, p. 1-10.
(72) Congresso recusa crítica e reage à cobrança de FH, 9/9/95, *O Estado de São Paulo*, p. A-5.
(73) Policiais ainda torturam nas cadeias do Rio, 3/9/95, *Jornal do Brasil*, p. 31.
(74) Justiça libera torturado pela polícia, 24/10/95, *Correio Braziliense*, p. 17.
(75) Tortura nas delegacias de Minas, 1/10/95, *O Globo*, p.17.
(76) Nunes, Augusto, Sem esquecimento, 23/7/95, *Correio Braziliense*, p.7.
(77) Eluf, Luiza Nagib, Supremo reconhece crime de tortura, 10/8/95, *O Estado de São Paulo*, p. A-2.
(78) Omissão torturante, 9/9/95, *Folha de São Paulo*, p.1-2.
(79) Cavallaro, James Louis, O rigor necessário para acabar com a tortura, 15/4/96, *O Globo*, p. 7.
(80) Pensão antitortura, 15/2/96, *Folha de São Paulo*, p.1-2.
(81) Com as mãos atadas, 16/10/96, *IstoÉ*, p.35.
(82) Molina, Gilberto, A tortura de ontem e de hoje, 24/1/96, *Jornal do Brasil*, p.11.
(83) Molica, Fernando, Tortura, 11/1/96, *Folha de São Paulo*, p. 1-2.
(84) Jobim recebe laudos sobre tortura na PF, 3/2/96, *Jornal do Brasil*, p.5.
(85) União quer indenizar viúva de preso morto sob tortura, 14/2/96, *Gazeta Mercantil*, p. A-10.
(86) Punição para o torturador, 11/7/96, *Jornal do Commercio.*

Après la création de la loi 9455/97

(1) Os torturados são negros, pobres e vivem na periferia, 1/1/97, *Folha de São Paulo.*
(2) Tortura ainda, 4/1/97, *Folha de São Paulo.*
(3) Sem punição, tortura aumenta no Brasil, 1/1/97, *Folha de São Paulo.*
(4) Violência da PM apressa projeto sobre tortura, 2/4/97, *Gazeta Mercantil.*
(5) Romano, Roberto, Tortura nunca mais, 4/4/97, *Folha de São Paulo.*
(6) Treinamento militar no Sul incita à tortura, 4/4/97, *O Globo.*
(7) Senado aprova projeto para punir tortura, 4/4/97, *Folha de São Paulo.*
(8) Presidente acha que tortura é questão cultural, 9/4/97, *Folha de São Paulo.*
(9) Ditadura condenou torturadores, 25/5/97, *Jornal do Brasil.*
(10) Delegacias de tortura, 16/6/97, *Correio Braziliense*, Cidades-p.1.
(11) Presos deninciam tortura, 23/11/97, *Correio Braziliense*, Cidades-p.1.
(12) Documento da Igreja denuncia tortura no País, *O Estado de São Paulo*, p.C-4.
(13) Tebet, Ramez, Conquistando o futuro, *Jornal do Brasil*, p.6.
(14) Lei reduz pena para tortura, 23/4/97, *Folha de São Paulo*, p.1-2.
(15) Toledo, Franciso de Assis, Crime de tortura, 26/5/97, *Correio Braziliense*, p.3.
(16) Relatório denuncia prática de tortura e execuções sumárias em presídios do país, 16/12/98, *O Globo*, p.11.
(17) Alves, Marcio Moreira, Questões de honra, 14/4/98, *O Globo*, p. 4.
(18) Pastoral denuncia tortura de presos à Câmara, 1/4/98, *O Estado de São Paulo*, p. C-8.
(19) Buraco negro, 14/9/99, *O Globo*, p.6.
(20) Konder, Rodolfo, O lagarto vive, 12/11/99, *Jornal do Brasil*, p.9.
(21) Anistia Internacional denuncia tortura de presos no Brasil, George Alonso, 23/6/99, *O Globo*, p.8.
(22) Deputados pedem mudança na punição a torturadores, Angelina Nunes, 25/9/99, *O Globo*, p. 21.
(23) Deputados pedem CPI da tortura, Angelina Nunes e Carla Rocha, 13/9/99, *O Globo*, p. 8.
(24) Carvalho, José Murilo de, Vai para a tortura, 14/11/99, *Folha de São Paulo*, p.5-3.
(25) Bassos, Marcelo Lessa, Delegacia, nunca mais, 1/10/99, *O Globo*, p.7.
(26) O fim da tortura, 1/10/99, *O Globo*, p.6.
(27) Tortura não pode ficar impune, diz Ministro, 19/9/99, *Folha de São Paulo*, p. 3-4.
(28) Promotoria vai apurar violência policial, 19/10/99, *Folha de São Paulo*, p. 3-4.
(29) Ouvidoria tem mais denúncia de mortes, 19/10/99, *Folha de São Paulo*, p. 3-4.
(30) Pará não tem punição para tortura, Mario Magalhães, 26/10/99, *Folha de São Paulo*, p.3-3.
(31) CPI da tortura, João Domingos, 24/1/00, *O Globo*, p. 2.
(32) Relatos são 'ponta do iceberg', afirma Rodley, 2/9/00, *Folha de São Paulo*, p. C-3.
(33) Alencar, Chico, A pena oculta, 19/9/00, *Jornal do Brasil*, p.9.
(34) Intoleráveis maus-tratos, 9/9/00, *O Estado de São Paulo*, p.A-3.
(35) No limite do corpo, 5/9/00, *Folha de São Paulo*, p. A-2.
(36) Lei não puniu, Luiz Orlando Carneiro, *Jornal do Brasil*, p. 4.
(37) Relatório oficial expõe tortura no Brasil, Mario Magalhães, 14/5/00, *Folha de São Paulo*, C-1.
(38) Falta determinação contra tortura, diz ONU, Malu Gaspar, 13/9/00, *Folha de São Paulo*, p. C-1.
(39) Uma arma contra a tortura, Leonardo Cavalcanti, 30/11/00, *Correio Braziliense*, p.12.
(40) Pinheiro, Paulo Sérgio, Tortura: a omissão das elites, 30/10/00, *Folha de São Paulo*, p. A-3.
(41) Governo Reconhece que a tortura no país não acabou, 21/8/00, *Jornal do Brasil*, p. 6.
(42) Mariano, Benedito Domingos, A lei contra a tortura, 15/9/00, *Folha de São Paulo*, p. A3.
(43) Justiça condena torturadores, *Correio Braziliense*, 7/9/00, p. 9.
(44) Coordenador da Justiça é acusado de torturar presos, *Jornal do Brasil*, 3/12/00, p. 2.
(45) Anistia Internacional denuncia tortura infantil, *O Globo*, 9/12/00, p. 44
(46) Fábrica de confissões, *Folha de São Paulo*, 1/2/00, p. 1-2
(47) Tortura continuada, *Folha de São Paulo*, 18/5/00, p. A2
(48) Tortura tem 233 denúncias em 5 Estados, *Folha de São Paulo*, 31/1/2000, p. 4-3.
(49) Cultura de violência reforça a prática, *Folha de São Paulo*, 31/1/2000, p. 4-3
(50) Violência cai, mas persiste, diz Gregori, *Folha de São Paulo*, 14/05/00, p. C3
(51) Flávia Piovesan e James Louis Cavallaro, Mazelas à luz do dia, *Folha de São Paulo*, 23/8/00, p. A3
(52) Coimbra, Cecília e Molina, Gilberto, Quem está a serviço de quem?, *O Globo*, 18/01/01, p.7.
(53) Tortura com distintivo, 1/10/01, *Época*, p. 100.

(54) Dobram acusações pela Lei de Tortura, 23/8/01, *Folha de São Paulo*, p. C4.
(55) Governo prepara campanha contra tortura, 30/9/01, *Folha de São Paulo*, p. C3.
(56) Governo culpa Justiça e sociedade por tortura, 8/5/01, *O Globo*, p.13.
(57) Tortura à solta, 12/04/01, *Folha de São Paulo*, p.A2.
(58) Descaso com a lei estimula tortura, diz ONU, 11/4/01, *Folha de São Paulo*, p. C1.
(59) Não à tortura, 31/3/01, *Jornal do Brasil*, p. 10.
(60) ONU pede ao Brasil que puna torturadores e indenize vítimas, 18/05/01, *Folha de São Paulo*, p. C7.
(61) Temos que avançar. Entrevista Paulo Sérgio Pinheiro, 25/12/02, *IstoÉ*, p.7-11.
(62) Moura, Ana Lúcia e Alves, Renato, Direitos Humanos – Tortura, um crime policial, 13/1/02, *Correio Braziliense*, p. 18.
(63) Maciel, Marco, Combatendo a tortura, 15/7/02, *O Globo*, p. 7.
(64) Para secretário, tortura é comum no Brasil, 7/9/03, *Folha de São Paulo*, p. C5.
(65) Nilmário: impunidade está ligada ao Judiciário, 11/10/03, *O Globo*.
(66) Entrevista: Nilmário Miranda, 10/8/03, *Correio Braziliense*, p.14.
(67) Lee, Susan, Tortura? Nunca mais? 2/7/04, *O Globo*, p.7.
(68) Câmara estuda nova legislação, 11/7/05, *Correio Braziliense*, p. 9.
(69) Em 8 anos, a lei de tortura levou à condenação só de 12 pessoas em SP, 25/4/05, *Folha de São Paulo*, p. C1.
(70) Justiça condena servidores da Febem por tortura, 14/1/05, *O Globo*, p. 12.
(71) A polícia que intimida, 30/1/06, *Correio Braziliense*, p. 6.

ANNEXE 2 – Liste des textes de la doctrine juridique

Avant la création de la loi 9455/97

(1) Dallari, Dalmo (1992) PREFÁCIO à Pietro Verri, *Observações sobre a tortura*, São Paulo: Martins Fontes, 1992.
(2) Batista, Nilo (1983) Lei de segurança nacional: direito da tortura e da morte. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. No. 34, julho-dezembro,1982.
(3) Spinellis, Dionysios (1986) Tortura – delito não tradicional recentement criminalizado na Grécia. *Revista de Informação legislativa*, No 23, outubro a dezembro, 1986, Brasília: Senado Federal.
(4) Melo, Clovis (1990) A tortura no Brasil, *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil* – Seccional de Pernambuco, No. XXIX, Recife, 1990.
(5) Leal, João José (1991) A convenção da ONU sobre a tortura. *Revista dos Tribunais*, ano 671, setembro de 1991.
(6) Jorge, William Wanderley (1991) Contributo à noção de crime de tortura. *Revista dos Tribunais*, ano 80, março de 1991.
(7) Klautau, Paulo de Tarso Dias (1992) A tortura como crime autônomo: necessidade de tipificação. *Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Pará*. Vol. 36, n. 56, abr/jun 1992.
(8) Mello, Marco Aurélio de (1994) Temas de direito penal. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, ano 2, n.8, outubro-dezembro de 1994.
(9) Nowak, Manfred (1994) Tortura e direitos humanos. *O Correio da Unesco*, ano 22, n.5, maio de 1994.
(10) Fernandes, Paulo Sérgio Leite e Fernandes, Ana Maria Babette Bajer (1996) *Aspectos jurídico-penais da tortura*, Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996.
(11) Tórtima, José Carlos (1996) A criminalização da tortura. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, ano 7, n.9, 1996.
(12) Malheiros, Sylvia Helena Steiner (1996) O princípio da reserva legal e o crime de tortura na legislação brasileira. *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 4, n.13, janeiro-março de 1996.
(13) Leal, João José (1996) *Crimes hediondos: aspectos político-jurídicos da lei 8072/90*. São Paulo: Atlas, 1996.

Après la création de la loi 9455/97

(14) Gomes, Luiz Flávio (1997) Lei 9455/97 (Tortura): primeiras notas interpretativas. *Themis,* Revista da ESMEC, Fortaleza, vol. 1, n.1, 1997.
(15) Palma, Andréa Galhardo (1997) Breves relfexões sobre a lei tipificadora da prática de tortura (lei 9455/97) à luz da antijuridicidade concreta. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, vol. 92, 1997.
(16) Assis Toledo, Franciso de (1997) Crime de tortura. *Enfoque jurídico*, abril-maio, 1997.
(17) Stoco, Rui (1997) A tortura como figura típica autônoma. *Enfoque jurídico*, abril-maio, 1997.
(18) Gomes, Luis Flavio (1997) Lei 9455/97: primeiras notas interpretativas. *Enfoque jurídico*, abril-maio, 1997.
(19) Dias, José Carlos (1997) Ligeiras reflexões sobre a Lei de tortura. *Enfoque jurídico*, abril-maio, 1997.
(20) Tavares, Juarez (1997) A delimitação da autoria no crime de tortura. *Enfoque jurídico*, abril-maio, 1997.
(21) Gomes Filho, Antônio Magalhães (1997) Tortura e prova penal. *Enfoque jurídico*, abril-maio, 1997.
(22) Shecaira, Sérgio Salomão (1997) Algumas notas sobre a nova lei de tortura. *Enfoque jurídico*, abril-maio, 1997.
(23) Mehmeri, Adilson (1997) Tortura e crime. *Enfoque jurídico*, abril-maio, 1997.
(24) Pereira, Carlos Frederico Oliveira (1997) Observações sobre a lei n. 9455/97. *Enfoque jurídico*, abril-maio, 1997.
(25) Azevedo, Raul Livino Ventim de (1997) Breves reflexões sobre a Lei 9455 de 1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências. *Enfoque jurídico*, abril-maio, 1997.

(26) Reale Júnior, Miguel (1997) Tipificação da tortura. *Enfoque jurídico*, abril-maio, 1997.
(27) Rocha Neto, Antônio Hortêncio (1997) Lei de tortura. Análise e comentário à Lei n.9455/97. *Ciência Jurídica*, ano XII, Vol 76, julho/agosto de 1997.
(28) Lima, Mauro Faria de (1997) *Crime de tortura*. 1ª edição. Brasília Jurídica.
(29) Mossin, Heráclito A. (1977) Tortura – Lei n. 9455/97. *Revista Jurídica*, ano XLV, n. 236, junho de 1997.
(30) Palma, Andréa Galhardo (1997) Breves reflexões sobre a lei tipificadora da pratica de tortura (lei 9455/97) à lua da antijuridicidade concreta. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, vol. 92, 1997.
(31) Lopes, Mauricio Antonio Ribeiro (1997) As crianças e a lei de tortura. *Revista Consulex*, ano 1, n. 10, outubro/ 1997.
(32) Franco, Alberto Silva (1997) Tortura. Breves anotações sobre a lei 9455/97. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 19, julho-setembro de 1997.
(33) Assis Toledo, Francisco de (1997) Sobre o crime de tortura na recente lei 9455/97. in: Camargo Penteado, Jacques (coord) *Justiça Penal – 5*. Editora Revista do Tribunais.
(34) González Macchi, José Ignacio (1998) *Tortura. Una aproximación hacia su tipificación penal*. Paraguay:
(35) Fontelles, Claudio (1998) O §1° do art. 7 da lei 9455/97(lei que define os crimes de tortura) : Implicações. *Boletim IBCCrim*, ano 6, n. 72.
(36) Sznick, Valdir (1998) *Tortura: Histórico, evolução, crime*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito.
(37) Baldin, Antonio (1998) A lei de tortura revogou a progressão das penas? *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 753, julho de 1998.
(38) Gomes, Luis Flávio (1999) *Estudos de direito e processo penal*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
(39) Silva, José Geraldo (1999) *A lei de tortura interpretada*. Campinas: Bookseller.
(40) Pinto de Azevedo, Tupinambá (1999) Breves observações sobre a tortura. Rio Grande do Sul: *AJURIS*- Publicação da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul.
(41) Farias, Maria Eliane Menezes de (2000) Mecanismos de punição e prevenção da tortura, *Revista CEJ*, n.14, Brasília, mai/ago 2001.
(42) Machado, Nilton João de Macedo (2000) Da tortura: aspectos conceituais e normativos, *Revista CEJ*, n.14, Brasília, mai/ago 2001.
(43) Vidal, Luís Fernando Camargo de Barros (2000) Da tortura: aspectos conceituais e normativos, *Revista CEJ*, n.14, Brasília, mai/ago 2001.
(44) Gomes, Luis Flávio (2000) Da tortura: aspectos conceituais e normativos, *Revista CEJ*, n.14, Brasília, mai/ago 2001.
(45) Maia, Luciano Mariz (2000) Mecanismos de punição e prevenção da tortura, *Revista CEJ*, n.14, Brasília, mai/ago 2001.
(46) Schreiber, Simone (2000) Mecanismos de punição e prevenção da tortura, *Revista CEJ*, n.14, Brasília, mai/ago 2001.
(47) Renner, Mauro Henrique (2000) Mecanismos de punição e prevenção da tortura, *Revista CEJ*, n.14, Brasília, mai/ago 2001.
(48) Mossin, Heráclito (2001) Crime de tortura, *Revista dos Tribunais*, ano 90, vol 786, abril de 2001, p.483-499

ANNEXE 3 – Liste des projets de loi

Avant la création de la loi 9455/97

(1) Projeto de lei da Câmara n. 2710 de 1980, de autoria do Deputado Marcello Cerqueira
(2) Projeto de lei da Câmara n. 5714 de 1981, da autoria de Deputado Edson Khair
(3) Proposta de Anteprojeto de lei (1985) enviada ao Ministro da Justiça pelo Procurador Geral da Républica
(4) Projeto de lei do Senado n. 207 de 1986 – reapresentado como Projeto de lei do Senado n. 28 de 1987 de autoria do Senador Jamil Haddad
- Referente ao projeto de lei n. 28 de 1987:
(5) Parecer n. 15 de 1989, Comissão de Constituição e Justiça (SF)
(6)Discussão em plenário do SF (maio de 1989)
(7)Votação em plenário do SF (maio de 1989)
(8) Projeto de lei do Senado n. 84 de 1988, de autoria do Senador Itamar Franco
(9) Projeto de lei do Senado n. 85 de 1988, Senador Itamar Franco - Projeto de lei da Câmara n. 3935 de 1989
- Referente ao Projeto de lei n. 3935 de 1989:
(10) Relatório da Comissão de Constituição Justiça e Redação da CD maio de 1991)
(11) Voto separado do Deputado Vital do Rêgo (julho de 1991)
(12) Projeto de lei do Senado n. 371 de 1989, de autoria do Senador Silvio Name
(13) Projeto de lei da Câmara n. 2423 de 1989, origem no Senado - Projeto de lei n. 28 de 1987
- Referente ao Projeto de lei da Câmara n. 2423 de 1989:
(14) Relatório da Comissão de Justiça da CD (2001) de autoria do Deputado José Genoíno
(15) Relatório da Comissão de Justiça da CD (setembro de 2003) de autoria do Deputado Antonio Carlos Biscaia
(16) Projeto de lei do Poder Executivo n. 4783 de 1990
(17) Emenda n. 18, 13 de março de 1990, de autoria do Deputado Hélio Bicudo
(18) Projeto de lei da Câmara n. 837 de 1991, de autoria do Deputado Sigmaringa Seixas
(19) Projeto de lei da Câmara n. 2464 de 1991, de autoria do Deputado Hélio Bicudo
(20) Projeto de lei da Câmara n. 2462 de 1991, de autoria do Deputado Hélio Bicudo
(21) Projeto de lei da Câmara n. 1035 de 1991, de autoria do Deputado Vivaldo Barbosa
(22) Projeto de lei da Câmara n. 2077 de 1991, do Deputado Pedro Corrêa
(23) Projeto de lei do Senado n. 190 de 1995, do Senador Júlio Campos
(24) Proposta de Emenda Aglutinativa do Ministério da Justiça ao Projeto de lei de tortura em tramitação (02 de julho de 1996) [documento não oficial]
(25) Proposta de Emenda Aglutinativa do Ministério da Justiça ao Projeto de lei de tortura em tramitação (03 de julho de 1996) [documento não oficial]

Après la création de la loi 9455/97

(26) Projeto de lei da Câmara n. 3913 de 1997, de autoria do Deputado José Pinotti
(27) Projeto de lei da Câmara n. 3232 de 1997, de autoria do Deputado Tuga Angerami
(28) Projeto de lei da Câmara n. 3012 de 1997, de autoria do Deputado Padre Roque
-Referente ao projeto de lei n. 3012 de 1997:
(29) Parecer da Comissão de Seguridade Social e Família da CD, relator Deputado Serafim Venzon (março de 1999)
(30) Projeto de lei da Câmara n. 4107 de 1998, de autoria do Deputado Hélio Bicudo
(31) Projeto de lei da Câmara n. 586 de 1999, de autoria do Deputado Régis Cavalcante – reapresentação do projeto de lei n. 3012 de 1997, do Deputado Padre Roque
(32) Projeto de lei da Câmara n. 1509 de 1999, de autoria do Deputado Lino Rossi

(33) Projeto de lei da Câmara n. 1652 de 1999, de autoria do Deputado Freire Junior
(34) Projeto de lei da Câmara n. 1570 de 1999, de autoria do Deputado Airton Cascavel
(35) Projeto de lei da Câmara n. 24 de 1999, de autoria do Deputado Paulo Rocha – reapresentação do Projeto de lei n. 2464 de 1991, do Deputado Hélio Bicudo
(36) Projeto de lei da Câmara n. 1236 de 1999, de autoria do Deputado Luiz Antonio Fleury
(37) Projeto de lei da Câmara n. 3895 de 2000, de autoria do Deputado Celso Russomano
(38) Projeto de lei do Senado n. 117 de 2000, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares
(39) Projeto de lei da Câmara n. 4129 de 2001, de autoria do Deputado Orlando Fantazzini – reapresentação do Projeto de lei n. 4107 de 1998, do Deputado Hélio Bicudo
(40) Parecer da Comissão de Constituição e Justiça da CD referentes aos projetos de lei n. 3021/97, 586/99, 1236/99, 1652/99, 4129/01, relator Ricardo Fiuza (2001)
(41) Projeto de lei da Câmara n. 1609 de 2003, de autoria do Deputado Rogério Silva
(42) Projeto de lei da Câmara n. 2087 de 2003, de autoria da Deputada Yeda Crusius
- Referente ao projeto de lei n. 2087 de 2003:

(43) Parecer da Comissão de Constituição e Justiça da CD (2005), relator Deputado Bosco Costa

(44) Projeto de lei da Câmara n.558 de 2003, de autoria do Deputado João Hermann Neto – reapresentação do projeto de lei n. 1570 de 1999, do Deputado Airton Cascavel
(45) Projeto de lei da Câmara n. 2063 de 2003, de autoria do Deputado Eduardo Valverde
(46) Projeto de lei da Câmara n. 4297 de 2004, de autoria do Deputado Marcos Abramo
(47) Projeto de lei da Câmara n. 5637 de 2005, de autoria do Deputado Alberto Fraga
(48) Projeto de lei da Câmara n. 4911 de 2005, de autoria do Deputado Alberto Fraga
(49) Projeto de lei da Câmara n. 5843 de 2005, de autoria do Deputado Paulo Lima – reapresentação do projeto de lei n. 4911, do Deputado Alberto Fraga
(50) Projeto de lei n. 7053 de 2006, de autoria dos Deputados Antonio Carlos Biscaia, Agnelo de Queiroz, Chico Alencar, Juíza Denise Frossard, Moreira Franco, Rodrigo Maia – encaminhamento de abaixo-assinado popular
(51) Projeto de lei n. 417 de 2007, de autoria do Deputado Flávio Dino

(52) Parecer da Comissão de trabalho, de administração e de serviço público da CD (2007), relator Deputado Edgar Moury

ANNEXE 4 – Débats parlementaires sur le projet de loi n° 4716 de 1994

Débats parlementaires, rapports de commissions et amendements présentés concernant le projet de loi n°4716 de 1994 (entre 1994 et 1997)

(1) Projet de loi de l'Exécutif 4716/94, de autoria do Ministro Alexandre de Paula Dupeyrat Martins
(2) Mensagem 664/94 do Ministério da Justiça, de autoria de Francisco de Assis Toledo
(3) Relatório da Comissão de Direitos Humanos, de autoria do Deputado Pedro Wilson
(4) Relatório da Comissão de Direitos Humanos, de autoria do Deputado Hélio Bicudo
(5) Ofício 97/96 da Comissão de Justiça, de autoria do Deputado Ibrahim Abi-Ackel
(6) Emenda n.3 ao Projeto de lei 4716/94, de autoria dos Deputados Sérgio Miranda e Geddel Vieira Lima
(7) Emenda n.4 ao Projeto de lei 4716/94, de autoria dos Deputados Sérgio Miranda e Geddel Vieira Lima
(8) Emenda n.5 ao Projeto de lei 4716/94, de autoria dos Deputados Sérgio Miranda e Geddel Vieira Lima
(9) Emenda n.6 ao Projeto de lei 4716/94, de autoria dos Deputados Sérgio Miranda e Geddel Vieira Lima
(10) Emenda n.7 ao Projeto de lei 4716/94, de autoria dos Deputados Sérgio Miranda e Geddel Vieira Lima
(11) Emenda n.8 ao Projeto de lei 4716/94, de autoria dos Deputados Sérgio Miranda e Geddel Vieira Lima
(12) Emenda n.9 ao Projeto de lei 4716/94, de autoria dos Deputados Sérgio Miranda e Geddel Vieira Lima
(13) Parecer da Comissão de Justiça, relator Deputado Régis de Oliveira
(14) Debates na Reunião ordinária da Comissão de Justiça da CD, no dia 25 de junho de 1999
(15) Parecer reformulado da Comissão de Justiça da CD, relator Deputado Régis de Oliveira
(16) Debates no Plenário da CD, dia 3 de julho de 1996
(17) Parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária sobre o Projeto de lei 190/95, relator Heitor Piedade Júnior
(18) Parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária sobre o Projeto de lei 4716/94, relator Hermes Vilchez Guerrero
(19) Emendas (n.1 a 4) ao Projeto de lei da Câmara n. 48/96, de autoria do Senador Romeu Tuma
(20) Parecer da Comissão de Justiça do SF, relator Senador Ramez Tebet
(21) Debates no Plenário do SF, dia 3 de abril de 1997

ANNEXE 5 – Guide d'entretien (Politiciens)

Guide d'entretien

Politiciens

Identification de l'entrevue : _____ **Date :** _____

Chercheur / chercheure : _____

Bloc 1 – Consigne de départ – Intérêt général pour le thème et participation

1) Comme je vous l'ai déjà indiqué, d'une manière générale, nous sommes intéressés à connaître le processus de création de lois pénales dans la société contemporaine. D'une manière plus spécifique, nous avons décidé alors de faire une recherche sur le processus de création de la loi de torture actuellement en vigueur au Brésil.

Alors, si vous êtes d'accord, j'aimerais commencer en faisant une rétrospective sur votre intérêt et votre participation dans le processus de création de cette loi de torture.

A) Souvenez-vous l'année, de l'époque ou des circonstances qui vous ont amené à vous intéresser pour la première fois à la création d'une loi sur la torture?

.....

B) Existait-il, à ce moment, un intérêt national ou international pour ce projet ? Souvenez-vous de quelques exemples de manifestation de cet intérêt ?

.....

2) Maintenant, si vous voulez, racontez-moi d'abord comment et pour quels motifs, d'après vous, on est venu à présenter le projet qui a donné lieu à la loi actuelle sur la torture...

3) Si vous voulez, parlez-moi maintenant de votre participation à ce dernier projet, les difficultés rencontrées, les problèmes politiques ou juridiques qu'il fallait résoudre dans le cadre de la rédaction ou de la discussion du projet, etc.

Bloc 2 – La création du crime de torture et les autres incriminations préexistantes

4) Maintenant, si vous voulez, nous aimerions connaître vos idées et vos réflexions sur le problème suivant.

Certaines personnes pensent qu'on n'a pas – ou que l'on n'avait pas - besoin de créer une loi spécifique sur la torture parce que les comportements qui sont prévus par cette loi sont aussi déjà prévus par d'autres articles du Code criminel ou par d'autres lois pénales existantes. En revanche, d'autres personnes pensent, au contraire, que même si ces comportements sont effectivement prévus, qu'il est important – ou qu'il était important – quand même d'avoir un crime (ou une loi) spécifique sur la torture.

A) J'aimerais d'abord savoir comment vous voyez personnellement ce problème de la nécessité ou de la non nécessité d'une loi spécifique [sur la torture] quand les comportements prévus par cette loi peuvent être traités par d'autres articles du Code Criminel...

.....

Maintenant, compte tenu de votre double expérience en politique et en droit, je vous demanderais de faire l'exercice suivant.

B) Vous placer d'abord dans le rôle de politicien – ou de penser du point de vue de la politique – et de me dire *si* et *comment* vous voyez un intérêt éventuel dans cette loi de torture...

.....

C) Je vous demanderais maintenant de vous placer dans le rôle d'un juriste – ou de penser du point de vue strict du droit – et de me dire *si* et *comment* vous voyez un intérêt éventuel dans cette loi de torture...

SI NÉCÉSSAIRE :

En d'autres mots, voyez-vous – ou y a-t-il selon vous – une différence quelconque entre l'intérêt de cette loi pour la politique et l'intérêt de cette loi pour le droit?

Bloc 3 – Le choix des sanctions pénales

Nous aimerions maintenant traiter d'une autre question qui nous paraît très importante : celle du processus conduisant aux choix des sanctions pénales qui seront prévues dans une loi.

5) Alors, si vous voulez, j'aimerais d'abord savoir :

A) D'après votre expérience, quel est le degré d'importance que les politiciens et les juristes accordent à la réflexion sur la sanction dans la rédaction d'un projet de loi et comment cet intérêt – ou cette absence d'intérêt – se manifeste?

B) Au moment de rédiger (ou de discuter) un projet de loi pénale, comment choisit-on les types de sanction (par exemple, prison, amende, réparation, suspension de droits, etc.)?

Exemples à considérer et à commenter :

(a) En fonction de certaines pratiques ou usages courants en droit criminel qui privilégie toujours une peine privative de liberté...
(b) En fonction des objectifs de dissuasion, rétribution, dénonciation...
(c) En fonction d'un principe de « dernière instance » qui nous amène à penser à la sanction moins forte possible dans les circonstances...
(d) En fonction de la valeur que nous attribuons au crime ou au bien juridique protégé...
(e) En fonction d'une préoccupation avec la réhabilitation ou la réinsertion sociale des transgresseurs...
(f) En fonction des droits humains et si oui, comment...

Etc...

C) Au moment aussi de rédiger (ou discuter) un projet de loi pénale, comment estime-t-on le degré de sévérité de la sanction de prison?

6) Selon votre expérience, peut-on dire que le droit pénal et le politique (le juriste et le politicien) ont une perception ou une valorisation différente des sanctions pénales ou encore une manière différente de les choisir et de déterminer leur degré de sévérité ?

.....

EN CAS DE NÉCESSITÉ :

7) Encore selon votre expérience, qu'est-ce que le politique s'attend – ou cherche – des peines qu'il choisit ?

.....

8) Et quelles seraient les expectatives principales du droit pénal par rapport aux sanctions ?

.....

Le projet de l'exécutif et le débat au Parlement

9) Le gouvernement, dans son projet de loi, a aussi fixé une peine minimale de prison pour tous les crimes au lieu de donner un pouvoir discrétionnaire plus large aux tribunaux. Connaissez-vous les raisons de ce choix ? Sont-elles les mêmes que pour la Commission ?

.....

10) Vous souvenez s'il y a eu un débat important entre les politiciens sur le choix des peines ou sur le degré de sévérité que l'on devait choisir ?

.....

11) Vous souvenez ou connaissez-vous les raisons qui ont présidé au choix des peines (type et durée) qui a été approuvé par le Parlement ou comment on est parvenu à les choisir ?

.....

SI NÉCÉSSAIRE :

12) Selon vous, l'objectif de dissuasion, rétribution ou dénonciation auraient-ils joué un rôle dans la décision ou justification de ces peines ? Un autre objectif peut-être?

.....

Bloc 4 – Perception du rôle du public et des médias – OPTIONNEL – Selon le temps

13) J'aimerais savoir maintenant si, d'après vous, le public ou des groupes de pression de toute sorte ont joué un rôle direct quelconque dans le processus de création de cette loi sur la torture...

A) Savez-vous si les membres du public ont envoyé des lettres, des pétitions ou d'autres sortes de documents aux organismes officiels (gouvernement, commissions, députés, etc.) ?

.....

B) Rappelez-vous des thèmes ou des aspects du projet de loi qui ont attiré l'attention du public ?

.....

C) Selon votre perception, est-ce que le monde juridique a fait des pressions ou a une influence directe sur cette loi de torture?

14) Comment avez-vous perçu le rôle joué par les médias dans le traitement de cette question ?

A) Selon vos souvenirs et votre perception, les médias ont-ils traité de la question des peines ? Comment ?

Bloc 5 – Perception et évaluation rétroactive

21) Enfin, une dernière question, comment voyez vous aujourd'hui cette loi ? Êtes-vous satisfait avec les termes de la loi et avec ses résultats ?

ANNEXE 6 – Guide d'entretien (Militants)

Guide d'entretien
(Militants)

Identification de l'entrevue : _____ **Date :** _____

Chercheur / chercheure : _____

Bloc 1 – Consigne de départ – Intérêt général pour le thème et participation

1) Comme je vous l'ai déjà indiqué, d'une manière générale, nous sommes intéressés à connaître le processus de création de lois pénales dans la société contemporaine. D'une manière plus spécifique, nous avons décidé alors de faire une recherche sur le processus de création de la loi de torture actuellement en vigueur au Brésil.

Alors, si vous êtes d'accord, j'aimerais commencer en faisant une rétrospective sur votre intérêt et votre participation, dans le processus de création de cette loi de torture.

A) Vous souvenez de l'année, de l'époque ou des circonstances qui vous ont amené à s'intéresser pour la première fois par la création d'une loi sur la torture?

.....

B) Existait-il, à ce moment, un intérêt national ou international pour ce projet ? Souvenez-vous de quelques exemples de manifestation de cet intérêt ?

.....

2) Maintenant, si vous voulez, racontez-moi d'abord comment et pour quels motifs, d'après vous, on est venu à présenter le projet qui a donné lieu à la loi actuelle sur la torture...

3) À votre avis, il y aurait des différences parmi la perception que le droit, la politique, la police et les organisations de droit de l'homme ont du problème de la création d'une loi contre la torture?

Bloc 2 – La création du crime de torture et les autres incriminations préexistantes

4) Maintenant, si vous voulez, nous aimerions connaître vos idées et vos réflexions sur le problème suivant.

Certaines personnes pensent qu'on n'a pas – ou que l'on n'avait pas - besoin de créer une loi spécifique sur la torture parce que les comportements qui sont prévus par cette loi sont aussi déjà prévus par d'autres articles du Code criminel ou par d'autres lois pénales existantes. En revanche, d'autres personnes pensent, au contraire, que même si ces comportements sont effectivement prévus, qu'il est important – ou qu'il était important – quand même d'avoir un crime (ou une loi) spécifique sur la torture.

A) J'aimerais d'abord savoir comment vous voyez personnellement ce problème de la nécessité ou de la non nécessité d'une loi spécifique [sur la torture] quand les comportements prévus par cette loi peuvent être traités par d'autres articles du Code Criminel...

.....

B) En deuxième lieu, voyez-vous une différence entre le point de vue du droit et celui de la politique en ce qui concerne la nécessité de création de la loi ?

.....

Bloc 3 – Le choix des sanctions pénales

5) La création d'un nouveau crime contre la torture entraîne le choix de sanctions pénales.

A) Comment voyez-vous la question des peines au Brésil?

B) Selon votre expérience, les organisations de droit de la personne réfléchissent-elles sur les types de sanctions et sur son degré de sévérité lors de la proposition d'un projet de loi?

C) Pour vous existe-il une motivation ou une justification privilégié pour guider le choix des peines où sont degré de sévérité?

D) Comment voyez-vous la question des peines dans le cas de la loi contre la torture

.....

EN CAS DE NÉCESSITÉ :

6) Selon votre expérience, la politique, le droit et la société civile organisé sélectionnent-elles les peines de la même façon?

.....

7) Pour vous les objectifs de dissuasion, de rétribution ou de réhabilitation du condamnée jouent-ils un rôle quelconque dans le choix ou dans la justification des peines?

.....

Bloc 4 – Rapport entre les droits de l'homme et le droit pénal

8) Lorsque le projet de loi contre la torture cheminait au Congrès il a été envoyé à la Commission de droits de la personne de la Chambre des députés. À cette occasion, les peines ont été augmentées considérablement par rapport au projet original du gouvernement (les peines ont passé de 2-5 ans à 4-8 ans; de 4-8 ans à 9-14 ans; de 8-16 ans à 25-30 ans). Étiez-vous au courant de cela? Quelle est votre position à cet égard?

.....

9) À votre avis, comment les droits de la personne doivent envisager la question des peines?

.....

SI NÉCESSAIRE :

10) Comment les militants des droits de la personne conçoivent-ils les sanctions alternatives? Sont-elles envisagées comme de possibilités effectives à l'égard des crimes contre les droits de la personne, comme dans le cas de la torture?

Bloc 5 – Perception et évaluation rétroactive

21) Enfin, une dernière question, comment voyez vous aujourd'hui cette loi ? Êtes-vous satisfait avec les termes de la loi et avec ses résultats ?

ANNEXE 7 – Formulaire de consentement pour les participants des entretiens

uOttawa

FORMULAIRE DE CONSENTEMENT

Les recherches avec des entrevues requièrent le consentement écrit des personnes qui participent à l'étude. Cela ne veut pas dire, bien entendu, que le présent projet comporte des risques. C'est en raison du respect et de la protection auxquels ont droit les personnes impliquées que l'Université d'Ottawa a rendu obligatoire ce type d'accord.

Chercheure : Mariana T. Possas, candidate au doctorat
Département de criminologie et CIRCEM
Téléphone : (1-613) 562-5800, poste 2353
Courriel : mposs029@uottawa.ca

Superviseur : Alvaro P. Pires, Ph.D.
Professeur titulaire et directeur de recherche (CIRCEM)
Chaire de recherche du Canada en traditions juridiques et rationalité pénale
Téléphone : (1-613) 562-5800, poste 1865
Courriel : alpires@uottawa.ca

Titre du projet

Le droit criminel à travers la création de lois : une étude sur la loi contre la torture au Brésil.

Objectifs du projet et agence subventionnaire

L'objectif principal de ce projet est d'examiner la culture – ou le système de pensée – du droit criminel occidental à travers le processus de création de lois pénales. Plus particulièrement, le projet veut contribuer à identifier les facteurs ou connaissances qui sont susceptibles de constituer des obstacles à l'innovation ou, au contraire, d'exercer une influence innovatrice en matière de création de lois pénales et aussi les obstacles à l'innovation.

Ce projet bénéficie d'une bourse d'étude doctorale de la CAPES (Gouvernement du Brésil)

Nature de ma participation

Ma collaboration au projet consistera à participer à une ou deux entrevues d'un maximum de deux heures. Pendant l'entrevue, je répondrai à des questions portant sur mes connaissances relatives à la création d'une loi pénale. Si j'accepte, l'entrevue sera enregistrée, mais je sais que je peux demander en tout temps d'interrompre ou de suspendre l'enregistrement.

Si je le désire, je pourrai lire la transcription de mon entrevue, la corriger ou demander aux chercheurs de ne pas utiliser certains passages de l'entrevue (remplir l'espace prévu à la fin).

Avantages pouvant découler de ma participation

Ma participation permettra aux chercheurs en sciences sociales et juridiques de mieux connaître les obstacles à l'innovation en droit criminel, et ainsi de mieux orienter les réflexions théoriques et les interventions pratiques en vue de construire un droit criminel plus approprié aux droits humains et aux caractéristiques de la société contemporaine. Il me sera possible de recevoir une copie de la thèse de doctorat en remplissant l'espace prévu à cet effet à la fin de la présente lettre.

Inconvénients et risques pouvant découler de ma participation

Aucun risque particulier n'est envisagé puisque les informations demandées portent sur le plan des idées professionnelles ou encore sur le processus de création des lois.

Droits de retrait de participation sans préjudice

Ma participation est strictement volontaire. Je sais que je peux refuser de participer ou me retirer de la recherche quand je le voudrai, avant ou pendant les entrevues, ou encore refuser de répondre à certaines questions de l'entrevue.

Confidentialité des données

Je peux choisir une des options suivantes :

i) Je m'attends à que le contenu de l'entrevue soit utilisé pour des fins de recherche et de publications selon le respect de la confidentialité, sans jamais divulguer mon nom ou des renseignements personnels qui peuvent conduire à mon identification. Dans un tel cas, un pseudonyme sera utilisé si les chercheurs ont besoin de citer des extraits de mon entrevue :

_____ (signature ou initiales).

ii) J'autorise que mon nom soit utilisé pour indiquer ma participation à la recherche aussi bien que pour exprimer mes idées :

_____ (signature ou initiales).

Conservation des données

Je peux choisir les options suivantes :

i) Seuls les responsables de la recherche et les assistants du Laboratoire de recherche auront accès aux données recueillies. Les données seront conservées pendant dix (10) ans de façon sécuritaire et anonyme au bureau du superviseur de la recherche, le professeur Alvaro Pires, et détruites après.

_____ (signature ou initiales)

ii) Seuls les responsables de la recherche et les assistants du Laboratoire de recherche auront accès aux données recueillies. Les données seront conservées de façon sécuritaire, anonyme et permanente au bureau du superviseur de la recherche, le professeur Alvaro Pires. Dans ce cas, elles feront partie d'une base de données anonyme et permanente pour l'équipe de recherche exclusivement.

_____ (signature ou initiales)

iii) J'accepte qu'un résumé de mon entrevue soit mis à la disposition d'autres chercheurs ou des étudiants sur un site Web selon le respect de la confidentialité, sans jamais divulguer mon nom ou des renseignements personnels qui peuvent conduire à mon identification. Dans un tel cas, un pseudonyme sera utilisé.

_____ (signature ou initiales)

iv) J'accepte qu'un résumé de mon entrevue soit mis à la disposition d'autres chercheurs ou des étudiants sur un site Web, mais je veux que mon véritable nom soit mentionné.

_____ (signature ou initiales)

Consentement libre et éclairé

Il y a deux copies du formulaire de consentement, dont une que le responsable de la recherche peut conserver et une autre que je conserve. Pour tout renseignement sur mes droits comme participant à la recherche je peux m'adresser au responsable de déontologie en recherche, Université d'Ottawa, Pavillon Tabaret, pièce 159A, tél. (1-613) 562-5841, ethics@uottawa.ca.

Je, ..., accepte de participer à cette recherche menée par Mariana Possas, candidate au doctorat au Département de criminologie de l'Université d'Ottawa. Le projet est supervisé par le professeur Alvaro Penna Pires, Ph.D.

Signature de la personne participante

.....

Signature de la chercheure Date

....

□ Je désire recevoir une copie de la thèse. Courriel
.....
Adresse :

□ Je désire lire la transcription de mon entrevue. Je sais que je dispose de trois semaines après la réception de mon entrevue par courriel pour envoyer mes demandes ou mes corrections aux responsables de la recherche.

□ J'accepte que l'entrevue soit enregistrée.

□ Je n'accepte pas que l'entrevue soit enregistrée.

ANNEXE 8 – Texte de recrutement des participants

TEXTE DE RECRUTEMENT DES PARTICIPANTS

[utilisé dans le courriel ou par téléphone]

Je m'appelle Mariana Possas et je suis étudiante au doctorat en criminologie à l'Université d'Ottawa, Canada. Sous la direction du professeur Alvaro Pires, je réalise une recherche sur la création de la loi contre la torture au Brésil, promulguée en 1997.

L'objectif principal du projet est d'examiner un système de pensée du droit criminel occidental qui est partagé aussi par le système politique, à travers le processus de création de lois pénales. Plus particulièrement, le projet veut contribuer à identifier les facteurs ou les connaissances qui sont susceptibles de constituer des obstacles à l'innovation ou, au contraire, d'exercer une influence innovatrice en matière de création de lois pénales.

Étant donné [selon le cas] :

- votre participation dans le processus de création de ladite loi,
- vos connaissances sur le thème
- votre intérêt sur le sujet de la torture et des droits humains,

je vous invite à participer à cette recherche.

Votre collaboration au projet consistera en une entrevue d'un maximum de deux heures. Les questions porteraient sur vos connaissances relatives à la création de la loi et sur le sujet des peines.

Si vous acceptez, l'entrevue sera enregistrée. Cependant, vous pouvez demander en tout temps d'interrompre ou de suspendre l'enregistrement.

En participant à cette recherche, vous aller contribuer au développement des connaissances des obstacles à l'innovation en droit criminel, et ainsi à mieux orienter les réflexions théoriques et les interventions pratiques en vue de construire un droit criminel plus approprié aux droits humains et aux caractéristiques de la société contemporaine.

Aucun risque particulier n'est envisagé puisque les informations demandées portent sur le plan des idées professionnelles ou sur le processus de création des lois criminelles. En outre, vous pouvez vous désister en tout temps pendant les entrevues sans risque de conséquences négatives.

Chaque participant voulant rester anonyme se verra attribuer un nom fictif et chaque organisation voulant rester anonyme sera identifiée seulement par son objet. Aucune citation pouvant amener à l'identification du participant ne sera faite.

Si vous voulez, une copie de la thèse de doctorat peut vous être envoyée par courriel après la conclusion de la recherche.

En cas de besoin, vous pouvez me contacter directement en utilisant l'adresse électronique suivante: mposs029@uottawa.ca , ou encore par téléphone : 1 613 562 5800, poste 2353.

Si vous désirez, vous pouvez aussi contacter mon superviseur de thèse, le professeur Alvaro Pires, au moyen du courriel alpires@uottawa.ca, ou par téléphone : 1 613 562 5800, poste 1865.

Cordialement,

MARIANA THORSTENSEN POSSAS